

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DROIT CIVIL

ET

SOCIÉTÉS COMMERCIALES

(ÉTUDE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 8 Mars 1929, à 14 heures

PAR

Robert DÉsirY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

DIPLOMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES DE DROIT PUBLIC

Président : M. Et. BARTIN.

Suffragants } MM. MAURICE PICARD.
JULIOT DE LA MORANDIÈRE.



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^o, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13 (v°)

—
1929

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

(Mention ès Sciences juridiques)

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DROIT CIVIL

ET

SOCIÉTÉS COMMERCIALES

(ÉTUDE DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 8 Mars 1929, à 14 heures

PAR

Robert DÉSIRY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

DIPLÔMÉ D'ÉTUDES SUPÉRIEURES DE DROIT PUBLIC

Président : M. ET. MARTIN.

Suffragants } MM. MAURICE PICARD.
JULIOT DE LA MORANDIÈRE.



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & Co, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13 (v°)

1929



Meis et Amicis.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Il faut chercher seulement à penser et à parler juste.

LA BRUYÈRE. *Des ouvrages de l'esprit.*

BIBLIOGRAPHIE

I. — ANCIEN DROIT

Domat. — *Loix civiles*, Œuvres complètes, éd. Paris, 1828-1830.

Pothier. — Œuvres complètes, éd. Bugnet, Paris, 1830.

Isambert. — *Recueil des anciennes lois françaises depuis 420 jusqu'à la Révolution de 1789*.

II. — DROIT MODERNE (1)

Alauzet. — *Code de commerce*, 7 vol., Paris, 1870.

Arthuys. — *Traité des sociétés commerciales*, 2 vol. in-8°, Paris, 1919.

Asser et Rivier. — *Eléments de droit international privé*, 1 vol. in-8°, Paris, 1884.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., 12 vol. in-8°, 1897-1922, tomes 6 à 12, par M. Et. Bartin.

Bartin (Et.). — *Cours de droit civil approfondi*, Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté (1925-1926) ; *Cours de droit international privé* professé à la Faculté de droit de Paris, 2 vol. (1926-1927 et 1927-1928), édités par « Les Cours de Droit », 3, place de la Sorbonne, Paris ; *Etudes de droit international privé*, 1 vol. in-8°, Paris, 1899.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — *De la société, du prêt et du dépôt*, 1 vol. in-8°, Paris, 1907.

Bédarride. — *Droit commercial*, Traité des sociétés, 2^e éd., 3 vol., Paris, 1872.

Boistel. — *Cours de droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1890.

Bravard-Veyrières et Demangeat. — *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1890.

Collin et Capitant. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol. in-8°, Paris, 1915-1916.

Copper-Royer. — *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 3^e éd., 3 vol. in-8°, Paris, 1925.

Delangle. — *Des sociétés commerciales*, 2 vol., Paris, 1843.

(1) La présente liste ne comprend que les traités généraux. Les monographies et les traités spéciaux sont indiqués dans le corps de l'ouvrage.

- Demolombe.** — *Cours de Code civil*, 32 vol. in-8°, 1880 ; *Traité des contrats*, tome I à VIII, 5^e éd., 1880-1895.
- Fenet.** — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827-1828.
- Gény.** — *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^e éd., 2 vol. in-8°, Paris, 1919.
- Guillouard.** — *Traité du contrat de société*, 1 vol., 2^e éd., Paris, 1892.
- Hémaré.** — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 1 vol., 2^e éd., Paris, 1926.
- Houpin et Bosvieux.** — *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 5^e éd., 3 vol., Paris, 1925.
- Huc.** — *Commentaire du Code civil*, 15 vol., 1892 à 1903.
- Huvelin.** — *Histoire du droit commercial*, 1 vol., Paris, 1904.
- Ihering.** — *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., 4 vol. in-8°, Paris 1888.
- Lacour et Bouteron.** — *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925.
- Lainé.** — *Introduction au droit international privé*, 2 vol., 1888-1892.
- Loché.** — *Espit du Code de commerce*, Paris, 1813 ; *Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos Codes*, 31 vol. in-8°, Paris, 1829-1832.
- Lyon-Caen et Renault.** — *Traité de droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1906-1914, 5^e éd., tomes 1, 3 et 4, Paris, 1921-1925.
- Malepeyre et Jourdan.** — *Traité des sociétés commerciales*, Paris, 1833.
- Massé.** — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 2^e éd., 2 vol. in-8°, 1861.
- Merlin.** — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 18 vol., 5^e éd., Paris, 1827-1828.
- Pardessus.** — *Cours de droit commercial*, 6 vol. in-8°, Paris, 1841.
- Pic (Paul).** — Collection Thaller : *Traité général théorique et pratique de droit commercial ; Traité des sociétés commerciales*, 3 vol., Paris, 1925.
- Pillet.** — *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol. in-8°, 1923-1924.
- Planiol.** — *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, 10^e éd., 1925, revue par G. Ripert ; tome 2, 10^e éd., 1926, revue par G. Ripert ; tome 3, 9^e éd., 1924.
- Pont.** — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2 vol., 2^e éd., Paris, 1884.
- H. Ribadeau-Dumas.** — *Législation et jurisprudence concernant les sociétés civiles, leurs rapports avec les sociétés commerciales et les associations*, 1 vol. in-8°, Paris, 1913.
- Rodolphe-Rousseau.** — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 5^e éd., 2 vol., Paris, 1921.
- Surville.** — *Droit international privé*, 7^e éd., 1925.

- Thaller et Percerou.** — *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd., Paris, 1926.
- Tropiong.** — *Du contrat de société civile et commerciale*, 2 vol., Paris, 1843.
- Valéry.** — *Manuel de droit international*, 1 vol., Paris, 1914.
- Vavasseur.** — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 6^e éd., 2 vol., Paris, 1910.
- Wahl (Albert).** — *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1 vol. in-8°, Paris, 1922 ; *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, 12 vol. in-8°, 1909 ; *Le droit civil et le droit commercial de la guerre*, 4 vol. in-8°, 1918-1921.
- Dalloz.** — *Jurisprudence générale* (1815-1928). Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence (1846-1863), 43 vol. Supplément au répertoire, 19 vol. (1887-1897).
- Sirey.** — *Recueil général des lois et arrêts*, 1791-1928.
- Pandectes françaises périodiques.** — *Recueil mensuel de jurisprudence et de législation*.
- Fuzier-Hermann.** — *Répertoire alphabétique du droit français*, 40 vol. (1886-1915).
- Gazette du Palais.** — *Journal judiciaire quotidien, et recueil*.
- Gazette des Tribunaux.** — *Journal quotidien et recueil*.
- La Loi.** — *Journal judiciaire quotidien*, Paris.
- Annales de Droit commercial et industriel français, étranger et international.**
- Revue trimestrielle de Droit civil**, Paris.
- Revue générale de Droit et de jurisprudence**, Paris.
- Journal des sociétés civiles et commerciales** (Ledru et Worms, Houpin et Bosvieux) (*Revue pratique de jurisprudence, de doctrine et de législation*).
- Le Droit** (*Journal des Tribunaux*), Paris.
- Journal des Tribunaux de commerce** (Camberlin et Roger Dufraisse).
- Revue des Sociétés** (Vavasseur, Cohendy et Auger), Paris.
- Recueil juridique des Sociétés**, publié par l'administration des *Juris-classeurs*, Paris (1920-1928).
- Le Quotidien juridique** (*Journal judiciaire* édité par les *Juris-classeurs*).
- Gazette des Sociétés et du Droit financier** (Rodolphe-Rousseau, Paris).
- Revue pratique de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine** (Herbulot).
- Journal de Droit international privé et de jurisprudence comparée**, fondé par Ed. Clunet, Paris (A. Prud'homme).
- Revue de Droit international et de Droit pénal international**, Paris.
-

Liste des Abréviations le plus fréquemment employées

- Ann. dr. comm.* = Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international.
C. civ. = Code civil.
C. com. = Code de commerce.
C. Pr. civ. = Code de Procédure civile.
C. pén. = Code pénal.
C. inst. crim. = Code d'instruction criminelle
Cl. = Clunet, Journal de droit international privé et de jurisprudence comparée.
D. = Dalloz, Jurisprudence générale.
D. hebd. = Recueil hebdomadaire Dalloz.
Gaz. Pal. = Gazette du Palais.
Gaz. Soc. = Gazette des sociétés et du droit financier.
Gaz. Trib. = Gazette des Tribunaux.
J. O. = Journal officiel.
Journ. Soc. = Journal des sociétés civiles et commerciales.
Journ. Tr. comm. = Journal des Tribunaux de commerce.
Pand. franç. = Pandectes françaises périodiques.
Rec. Soc. = Recueil juridique des sociétés (juris-classeurs).
Rev. dr. int. priv. = Revue de droit international privé et de droit pénal international.
Rev. gén. dr. = Revue générale de droit et de jurisprudence.
Rev. Soc. = Revue des sociétés (Vavasseur).
Rev. trim. = Revue trimestrielle de droit civil.
S. = Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
S. chron. = Sirey chronologique.
- Cass.* = Cour de cassation.
Civ. = Chambre civile.
Req. = Chambre des requêtes.
Crim. = Chambre criminelle.
C. Paris = Cour de Paris.
Tr. civ. = Tribunal civil.
Tr. comm. = Tribunal de commerce.
Prud. = Conseil des Prud'hommes.
-

OBSERVATION

Les décisions de jurisprudence rapportées au texte sont celles qui font l'objet d'une analyse détaillée, d'un commentaire ou d'une remarque spéciale. Celles qui sont renvoyées en note et précédées de la mention *V. not.* (voyez notamment) constituent, en règle générale, les exemples les plus saillants d'une jurisprudence dont nous n'avons cru devoir rapporter que les principaux monuments. Quant aux arrêts ou jugements rapportés en note et non précédés de la mention *V. not.*, ce ne sont, en principe, que des décisions isolées.

Tous les renvois, sans exception, correspondent aux éditions indiquées dans la bibliographie précédente.

La mise à jour des matières s'arrête au 31 décembre 1928, sauf pour les chapitres II et V dont la rédaction a été terminée au 31 mars de la même année.

R. D.

Droit civil et Sociétés commerciales

Etude de Doctrine et de Jurisprudence

INTRODUCTION

Quiconque est désireux de faire œuvre nouvelle dans la matière des sociétés doit s'arrêter aujourd'hui devant l'ensemble considérable de monographies que plusieurs générations ont accumulées sur les problèmes les plus divers.

Que reste-t-il ? Où prendre ? Que choisir ? On songe inévitablement à ce malheureux disciple de Saint-Hubert qui parcourt en vain les champs de son terroir et déplore à la fois la rareté des victimes et leurs trop nombreux amateurs.

Sans doute quelques régions existent où le gibier est une réalité et où, souvent, il abonde. Cependant, on compte ceux qui s'y aventurent. Non qu'elles soient interdites, mais elles se gardent elles-mêmes par leur accès difficile. On n'y pénètre qu'avec peine, au prix d'efforts

que ne couronne pas toujours le succès. Ne serait-ce point toutefois l'occasion de dire avec Molière :

*« ...Les difficultés dont on est combattu
Sont les dames d'atour qui parent la vertu... ».*

L'étourdi, Acte V, scène VI.

Droit civil et sociétés commerciales

C'est ainsi qu'il existe entre les deux vastes domaines du droit civil et du droit commercial, une terre mixte, neutre en quelque sorte, un peu mystérieuse, dont on ne saurait dire, à première vue, à qui elle appartient. Ses frontières ? Le profane ne les soupçonne même pas. Tout ce qu'il sait, c'est que l'immensité s'ouvre devant lui. Voilà un champ d'expériences sur lequel il ne semble pas qu'on ait souvent stationné. C'est déjà une raison pour que nous nous y arrêtions. Malheureusement, la brièveté du temps qui nous est imparti, nous interdit une exploration complète. Nous sommes donc contraint de limiter l'objet de nos recherches et de nos efforts. Ainsi s'explique et même peut-être se justifie l'expression quelque peu sybilline que nous avons choisie pour frontispice : *Droit civil et Sociétés commerciales.*

Position du problème

En vérité, il est assez paradoxal de présenter sous un aspect fragmentaire un sujet qui, par lui-même, est d'une ampleur considérable. Et cependant, traiter des rapports de la législation civile avec le droit des sociétés commerciales, n'est-ce pas détacher une partie seulement d'un

problème général, plus vaste encore, qui grouperait toutes les difficultés soulevées dans notre droit français par la dualité des législations civile et commerciale, et qui comprendrait notamment les matières si complexes des effets de commerce et de la faillite ?

Une théorie générale d'introduction à l'étude du droit civil

On pourrait même aller plus loin encore et songer à relier tout cet ensemble à une *Théorie générale d'introduction à l'Etude du droit civil* dans laquelle les lignes de démarcation seraient nettement tranchées et précisées, *quant au fond*, entre le droit civil français proprement dit, d'une part, et d'autre part, toutes les autres branches du droit : droit commercial, droit pénal, droit administratif, droit fiscal, par exemple (1). Ce serait là un travail de civiliste et non de sociologue, supposant des recherches longues, patientes, minutieuses, une analyse approfondie et détaillée des documents de jurisprudence, une connaissance parfaite des textes et des règles du droit privé interne, et aussi du droit international. C'est à cet édifice que nous nous proposons d'apporter notre modeste pierre. Nos vœux seront comblés si notre exemple a pu encourager des juristes dans la même voie.

Le droit commercial doit-il être distingué du droit civil ?

Mais voici qu'au seuil de notre étude une objection s'élève contre son principe même. On fait observer en

(1) Comp. à propos des rapports du droit civil et du droit pénal, J.-C. SCHMIDT, *Faute civile et faute pénale*, thèse Paris, 1928.

effet qu'il existe, entre le droit commercial et le droit civil, des rapports si fréquents, des relations si étroites qu'il paraît bien impossible, tous comptes faits, de relever une différence de nature quelconque entre les deux législations. Il faut appeler les choses par leur nom : le droit commercial, dit-on, ce n'est, en réalité, que du droit civil modifié ou complété en vue de pourvoir à des nécessités particulières. Le droit commercial c'est tout cela, et ce n'est rien que cela. Dès lors la délimitation de deux domaines qui, s'ils ne se confondent pas, du moins se superposent, n'est-elle pas une entreprise vaine, inutile, frappée d'inanité dans sa raison même ? Au surplus, des spéculations de ce genre sont-elles vraiment opportunes à une époque où, marchant sur la trace des législations étrangères, le législateur français fait espérer la fusion prochaine des deux matières ?

Législation

Voilà qui appelle plusieurs remarques, et tout d'abord celle-ci : que nous assistions aujourd'hui, en législation, à des tentatives d'unification touchant certaines dispositions du droit civil et du droit commercial (1 bis), per-

(1 bis) V. le décret du 18 décembre 1924 (*J. off.*, 23 décembre 1924, p. 11215) aux termes duquel « il est institué au Ministère de la justice une Commission d'études... en vue de préparer, d'accord avec les Comités étrangers... la révision et l'unification des dispositions de droit civil et commercial relatives aux obligations et aux contrats » (V. aussi *J. off.*, 6 octobre 1926).

Sur cette question, V. LAURENT, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse Paris, 1903 ; GAUFFRE, *Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial*, thèse Montpellier, 1898 ; R. DE LA GRASSERIE, *De la fusion du droit commercial et du droit civil*, dans la *Revue du commerce et de l'industrie*, 1894, page 148.

sonne ne le conteste, mais cela nous importe-t-il ? Notre rôle est de prendre les textes tels qu'ils sont et non pas tels qu'ils devraient ou pourraient être. Si nous nous plaçons sur ce terrain, qui est le nôtre par excellence, l'opportunité de notre sujet ne peut plus être mise en doute. Passons.

Régime de droit commun et réglementation exceptionnelle

On déclare, par ailleurs, que le droit commercial n'est, par nature, que du droit civil. On en conclut — un peu prématurément sans doute, — à l'inutilité d'une délimitation quelconque des deux domaines. « Le droit commercial traite des mêmes matières que le droit civil, et applique seulement une réglementation exceptionnelle à des actes soustraits par lui au régime du droit commun » (2). Voilà qui est incontestable. Mais, affirmer ainsi l'existence d'une réglementation exceptionnelle en face d'un régime de droit commun, n'est-ce pas par là même, reconnaître implicitement le bien-fondé des questions que nous chercherons à éclaircir, à savoir : quel est donc ce « régime de droit commun » ? Quelle est cette « réglementation exceptionnelle » ? Où finit ce droit commun ? Où commence cette exception ? Tous problèmes qui déterminent déjà le cadre de nos futures spéculations.

Double aspect du problème

D'ailleurs, là seulement ne se borne pas notre tâche. Il ne suffit pas en effet de relever un à un les points de contact

(2) PLANIOL, *Précis*, t. I, n° 27.

des dispositions de droit civil et des dispositions de droit commercial ; il ne suffit pas, pour déterminer d'une façon aussi exacte que possible leur sphère d'application respective, de savoir quelles institutions sont communes aux deux domaines, quelles, au contraire, sont étrangères à l'un, particulières à l'autre. Qui veut esquisser une frontière du droit civil et du droit commercial, doit encore mesurer, chemin faisant, la part d'influence réciproque que ces deux droits peuvent exercer l'un sur l'autre. Il y a là toute une mine à explorer. Il y a là matière à des comparaisons particulièrement suggestives, à la condition, bien entendu, de ne pas perdre de vue les deux aspects fondamentaux du problème (3).

Aperçu historique

Mais un rapide parallèle des deux législations, agrémenté de quelques exemples, ne paraîtra sans doute pas inutile pour éclairer les données générales et nécessairement abstraites, qui précèdent.

Droit romain et ancien droit

Ignorée du droit romain où les formes particulièrement souples de la législation prétorienne pouvaient suffire aux nécessités du commerce, la notion d'une législation commerciale spéciale, distincte de la législation civile, ne s'est

(3) Le problème est double en effet ; il intéresse non seulement l'influence — considérable — exercée par le droit commercial sur le droit civil depuis la codification, mais encore, à l'inverse, l'attraction indubitable exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial. V. sur ces deux sujets, les articles de MM. LYON-CAEN et THALLER dans le *Livre du centenaire*, Paris, 1904.

affirmée et n'a pris véritablement corps dans notre droit qu'avec l'Ordonnance de Colbert de 1673 (4). Dans l'ordre civil, il y a déjà deux siècles qu'on a songé à la rédaction des coutumes (5). La coutume de Paris, dans sa forme dernière, remonte à 1580. Dans le midi, le droit romain renaît dès le xii^e siècle. Ici, par conséquent, des principes, des traditions, diverses sans doute, mais anciennes et souvent très solides ; au surplus, des méthodes, des doctrines, des jurisconsultes ; enfin, des juridictions composées de magistrats compétents, qui connaissent le droit, l'appliquent et l'enseignent. Là, au contraire, que voyons-nous ? De simples pratiques commerciales, copiées autrefois sur celles des marchands italiens, et qui se sont infiltrées peu à peu chez nous, pour devenir courantes dans quelques grands centres comme Lyon ou Marseille. Ces usages, restreints à une catégorie déterminée de la population — les commerçants —, qui les reprend pour les faire passer dans la loi écrite ? Un négociant, un praticien, Savary, qui les compilera sans ordre bien défini, sans plan, sans méthode. Et voilà l'Ordonnance de 1673. Quant aux juridictions consulaires, ce sont de simples tribunaux d'exception où les magistrats, commerçants eux-mêmes, jouent le rôle d'arbitres entre les parties, et ne savent rendre, le plus souvent, que des décisions de fait (6).

(4) On cite le plus souvent l'Ordonnance sur le commerce de terre qui est en effet celle de 1673. Il y a aussi une Ordonnance sur le commerce de mer, en date de 1681. V. ISAMBERT, t. XIX, p. 96. V. TOUBEAU, *Les instituts du droit consulaire*, Paris, 1700, p. 109 et suiv.

(5) Ordonnance de Montilz-lès-Tours du 17 avril 1453. ISAMBERT, IX.

(6) Le premier Tribunal de commerce permanent fut créé sous Charles IX, sur l'inspiration de Michel de l'Hospital (Edit de 1563).

Codification

Un siècle s'écoule, sans grands progrès. Comment s'étonner qu'au moment de la promulgation du Code de 1804, la ligne de partage soit toujours des plus tranchées entre le droit commun des citoyens, le droit fondamental, le droit civil, et le droit d'exception, celui des commerçants ? On parle alors de la jurisprudence commerciale, ou des usages commerciaux, mais on ne prononce l'expression « droit commercial » que du bout des lèvres. C'est l'absence quasi totale, en cette matière, d'un corps de doctrine véritable. Nous en voyons la preuve et la conséquence dans le Code de commerce de 1807 qui restera une œuvre législative incomplète et inférieure (7). En somme, le droit commercial des débuts du xix^e siècle, comparé aux grandes disciplines juridiques déjà existantes, c'est, si l'on veut, Gulliver chez les Géants. Il revendique timidement sa place. On la lui accorde, mais comme c'est une personne encore fort modeste, on lui réserve un strapon-tin.

(7) Commencé dès 1800, le Code de commerce ne fut promulgué que le 15 septembre 1807 pour être applicable à partir du 1^{er} janvier 1808. Il semble que ses rédacteurs eux-mêmes ne se soient pas fait beaucoup d'illusions sur sa valeur législative (Cf. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, Paris, 1808). C'était le Code des « petites affaires » (Jules LÉVEILLÉ, *Leçon d'ouverture d'un cours de droit commercial à la Faculté de Paris*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1869, t. XIX, p. 178). Les défauts que présente le Code de commerce dans ses références aux principes généraux sont signalés par Vincens, dès 1821 (VIN-CENS, *Exposé raisonné de la législation commerciale*, Paris, 1821, v. Préface). Adde : A.-G.-J. GAUTIER, *Etudes de jurisprudence commerciale*, Paris, 1829.

XIX^e siècle. Jurisprudence

Cependant, quelques années vont suffire pour renverser du tout au tout la situation. L'étude des recueils de jurisprudence est, à cet égard, bien significative. Les décisions rendues en matière commerciale, rares de 1810 à 1830, se font plus nombreuses à partir de cette époque et suivent en quelque sorte une progression arithmétique jusqu'aux environs de 1860. Ensuite, c'est une progression géométrique, vertigineuse par conséquent. Qui aurait aujourd'hui la patience de dénombrer, dans les recueils de jurisprudence — sans compter les ouvrages spéciaux, — tous les arrêts intéressant le commerce ?

Législation commerciale

Aussi bien la législation commerciale s'est développée dans des proportions identiques et nous n'entreprendrons naturellement pas ici une énumération fastidieuse de textes qui, à eux seuls, encombreraient plus d'un volume. Ce qui nous intéresse, c'est de rechercher comment s'est effectué ce développement d'un droit commercial proprement dit, en face, voire au détriment de la législation civile. Nous verrons ainsi comment a pu se constituer ce domaine mixte dont nous parlions tout à l'heure, qui devait sortir du contact inévitable des deux droits en présence (8).

(8) « Tous ceux qui, par profession, sont appelés à examiner les questions de droit commercial, ont dû reconnaître que les difficultés que présentent ces questions, naissent moins de l'interprétation des lois commerciales proprement dites, que de la combinaison des principes et des règles du droit

Développement des matières commerciales

Au point de vue législatif et doctrinal, les progrès du droit commercial se sont réalisés à la suite d'une double évolution, très nette : d'une part, la loi commerciale, non contente d'accroître son domaine propre, a progressivement débordé sur le domaine de la loi civile, en attribuant le caractère commercial à des opérations qui, originellement et rationnellement, sont des opérations civiles ; d'autre part, la loi civile elle-même, empruntant à la loi commerciale certaines de ses institutions, a fait sortir peu à peu de son domaine primitif des règles ou des institutions qui, autrefois, lui appartenaient exclusivement. Par conséquent, ici, l'extension de la loi commerciale sur le domaine du droit civil, et là, recul de la loi civile au profit du domaine du droit commercial.

Premier procédé d'extension. La notion de commercialité

Analysons, par exemple, la notion de commercialité. C'est, de toute évidence, la notion fondamentale, qui domine toute la matière. On entend ordinairement par droit commercial l'ensemble des règles qui régissent tout à la fois les actes de commerce et les personnes qui font

commercial avec les principes et les règles du droit civil » (MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1844, Préface, VI). La question avait été signalée, à l'époque de la codification, dans l'ouvrage très curieux d'un professeur à la Faculté de Bordeaux, J. BOUCHER, *Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial comparés*, Paris, 2 vol., 1804. V. l'article de M. THALLER « *De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences* », dans les *Annales de droit commercial* de 1892.

habituellement, et à titre professionnel, des actes de commerce, c'est-à-dire les commerçants. Mais qu'est-ce qu'un acte de commerce ? Si l'on est d'accord pour définir le droit commercial comme nous venons de le faire, par contre, les difficultés apparaissent aussitôt qu'il s'agit de définir l'acte de commerce. C'est le point névralgique sur lequel les opinions s'affrontent. On sait que les uns proposent de définir l'acte de commerce par rapport à l'idée de circulation des biens ; les autres, par rapport à l'idée de spéculation. Qu'importe ? Dans tous les cas, et quel que soit le parti qu'on prenne dans la discussion, la notion de commercialité doit répondre nécessairement, semble-t-il, à une condition bien déterminée, qui est une *condition de fond*. Si cette condition fait défaut, les conséquences attachées à la commercialité doivent disparaître avec elle. Ce raisonnement paraît s'imposer de lui-même. C'est la logique et le bon sens.

Telle n'est pas cependant la conception actuelle de la commercialité. Il se pourrait en effet que la loi réputât commerciaux des actes qui, rationnellement, ne présentent pas cette nature. Pareillement, il se pourrait que des personnes qui ne sont pas des commerçants — au sens ordinaire et légal du mot, — fussent néanmoins contraintes de subir, dans telle ou telle hypothèse, les conséquences de la commercialité.

Actes commerciaux par la forme

Au premier ordre d'idées, nous pouvons rattacher, à titre d'exemples, toutes les opérations qui ont la qualité d'actes commerciaux en raison de leur forme. Ainsi en

est-il de la lettre de change : lors même que la dette primitive du tiré vis-à-vis du tireur serait une dette purement civile, la lettre de change n'en est pas moins considérée comme un acte commercial, avec, bien entendu, toutes les conséquences de droit qui dérivent de la notion d'acte de commerce. Ainsi en est-il encore des sociétés à objet civil et à forme commerciale de la loi du 1^{er} août 1893 (8 *bis*).

Actes mixtes et théorie de l'accessoire

Au second ordre d'idées nous pouvons rattacher la théorie des actes mixtes et la théorie de l'accessoire, qui contribuent l'une et l'autre à l'extension du droit commercial, la première sur le domaine des règles de la compétence civile, la seconde sur le domaine du droit civil proprement dit, l'acte civil par essence prenant couleur et caractère d'acte commercial par accessoire, toutes les fois qu'il se rattache à une exploitation commerciale, lors même qu'une des parties à l'acte n'aurait pas la qualité de commerçant.

Autre procédé d'extension

Mais, au cours du siècle dernier, le droit commercial s'est aussi étendu d'une tout autre manière, et c'est celle-là surtout qui doit retenir notre attention. Que, par l'effet de théories comme la théorie de l'acte mixte ou celle de l'accessoire, la loi ou les interprètes aient reculé les frontières de la commercialité pour en transporter les

(8 *bis*) *Infra*, chap. *prélim.*, texte et note 62.

conséquences à des hypothèses qui, au moins à première vue, ne paraissaient pas devoir les admettre, voilà qui est incontestable. Mais, au fond, tout cela ne présente pas grande difficulté, du moins pour ce qui nous occupe ici. En somme, on agrandit le cercle, mais ses limites restent suffisamment nettes. Réserve faite de quelques points de détail, on peut arriver et on arrive effectivement à y voir clair. Au contraire, avec le second procédé d'extension auquel nous arrivons maintenant, les limites s'estompent. Elles deviennent de plus en plus floues, de plus en plus imprécises. Bientôt elles nous échappent. Nous finissons par nous heurter à toute une série de règles douteuses, d'institutions de caractère indéfini, peut-être indéfinissable. Appartiennent-elles au droit civil ? Relèvent-elles du droit commercial ? Il est déjà parfois extrêmement délicat de dégager le point d'interrogation. On éprouve encore plus de peine à le résoudre, quand c'est possible.

Art. 1690 C. civ. Art. 136 et 187 C. com.

Voici, par exemple, un texte bien connu de la loi civile : l'article 1690 C. civ. relatif à la cession de créances. Au lendemain de la codification, le caractère impératif de cette disposition, essentiellement protectrice des intérêts des tiers, semble ne faire de doute pour personne (9). On reconnaît également que l'article 1690 C. civ. concerne non seulement les cessions faites entre commerçants dans les formes qu'il autorise, mais encore celles qui interviennent entre non-commerçants, alors même que la créance

(9) AUBRY et RAU, § 359 *bis*. V. arrêts cités, note 22 et suiv.

serait de nature commerciale (10). D'autre part, et parallèlement, la loi commerciale prévoit et consacre un mode de transmission particulier aux effets négociables, beaucoup plus rapide, moins lourd, plus pratique que le procédé de transmission de la loi civile : c'est l'*endossement* (art. 136 et 187 C. com.). Pouvons-nous étendre le bénéfice de ce procédé de cession aux créances civiles ? C'est douteux. Ce serait nier, au moins dans une certaine mesure, le caractère impératif de l'article 1690 C. civ. Cependant, la clause à ordre ou au porteur, originellement réservée au commerce, finit par être insérée dans des titres de créances purement civils, voire dans les actes notariés. La Cour d'Agen (Agen, 27 décembre 1875, sous Cass., 7 mai 1879, S. 1879, 1, 103) n'hésite pas à reconnaître que la cession d'une créance purement civile peut s'opérer par voie d'endossement, si les parties y consentent. C'est une solution qui n'est plus contestée aujourd'hui. Mais alors, *quid* des dispositions de l'article 1690 C. civ. ? Leur caractère facultatif est affirmé par la Chambre civile (Cass., 8 mai 1878, S. 1878, 1, 292). C'est le corollaire inévitable de la jurisprudence inaugurée par la Cour d'Agen. Et pourtant, voici qui mérite réflexion (Cass., 24 décembre 1894, S. 1895, 1, 69). Un associé apporte une créance dans l'actif social. Les titulaires de cette créance n'ont pas été prévenus de la cession dans les formes prévues par l'article 1690 C. civ., mais, en fait, ils ont eu connaissance de l'apport. Peuvent-ils toujours former saisie-arrêt ou opposition entre les mains du cé-

(10) Cass. Ch. civ., 23 novembre 1813, S. 1814, 1, 78.

dant ? Conservent-ils le droit d'ignorer officiellement le cessionnaire, malgré la connaissance personnelle qu'ils ont eue de la cession ? La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'affirmative. Comment concilier cette décision avec celle du 8 mai 1878 qui reconnaît le caractère pleinement facultatif de l'article 1690 C. civ. (11) ?

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, sur laquelle nous n'avons pas à insister à cette place, il est incontestable, à l'heure actuelle, que si certains procédés de transmission de la loi commerciale sont valablement appliqués, le cas échéant, à des créances civiles, à l'inverse, les procédés de cession de la loi civile demeurent applicables à des créances, à des titres, à des opérations de nature commerciale (12).

Imitation de la loi commerciale par la loi civile

Nous assistons donc à un phénomène de compénétration des deux domaines, et cette compénétration est telle qu'on n'en peut, à première vue, mesurer toutes les conséquences. En somme, dans cette hypothèse de la cession de créance, comme d'ailleurs dans toutes les hypothèses

(11) AUBRY et RAU, § 378, notes 11 et 11 *bis* et § 359 *bis*, note 12.

(12) V. un arrêt récent de la Chambre civile : Cass., 5 janvier 1926, D. 1926, 1, 65. — L'existence de procédés de transmission spéciaux ne fait pas disparaître l'utilité en matière commerciale des procédés de cession de la loi civile. Ainsi, la loi de 1867 interdit l'émission des actions de numéraire avant que la société ne soit complètement constituée et publiée, mais la prohibition légale ne vise que la création de titres et leur négociation pendant la période constitutive. Pendant cette même période, l'actionnaire pourrait parfaitement céder par les voies civiles

analogues, — et elles sont nombreuses (13) — le mode d'extension du droit commercial se présente sous un aspect particulier qui revêt un intérêt de tout premier plan pour le civiliste. C'est le droit civil qui emprunte ici au droit commercial une règle ou une institution. Comme on l'a dit (14), la loi civile ne fait ici qu'*imiter* la loi commerciale. L'expression nous paraît tout à fait juste (15).

les droits résultant de sa souscription (art. 1690). Même observation pour les actions d'apport qui, pendant un délai de deux années à compter de la constitution de la société, ne peuvent pas être négociées en Bourse (loi de 1867, art. 3 modifié par la loi de 1893, art. 2), mais peuvent faire l'objet d'une cession dans les formes de l'article 1690 C. civ. Le principal avantage de la cession civile est ici de révéler les noms des cédants et des cessionnaires successifs, ce qui devient difficile sinon impossible avec la négociation en Bourse. Le système civil permettra de faire jouer les responsabilités en cas de fraude.

(13) En matière de sociétés, on peut citer notamment la tendance des sociétés civiles à emprunter la forme des sociétés commerciales (loi du 1^{er} août 1893) dont on doit rapprocher les multiples tentatives faites pour appliquer les règles de la faillite aux non-commerçants (V. THALLER, « *Faillites en droit comparé* », I, n^{os} 37 et suiv.). De même, la personnalité civile, reconnue tout d'abord aux sociétés commerciales, a été admise par la loi du 21 avril 1810 pour les sociétés minières, puis étendue par la jurisprudence aux sociétés civiles. Nous aurons naturellement à revenir sur tous ces points.

Les hypothèses d'imitation du droit commercial par le droit civil ne sont pas rares : jusqu'à la loi du 10 juillet 1850, la publicité du contrat de mariage n'était édictée qu'à l'égard des commerçants ; le privilège du bailleur, réduit par la loi du 20 février 1872 relativement aux locaux des commerçants tombés en faillite, a été restreint de la même façon par la loi du 19 février 1889 relative aux biens ruraux ; la loi du 18 juillet 1898, relative aux warrants agricoles, a introduit dans le droit civil une institution primitivement réservée au commerce ; la loi du 7 avril 1900 qui décide qu'une simple sommation suffit à faire courir les intérêts moratoriés, a généralisé une règle admise en matière de change, puisque le protêt, qui n'est qu'un genre particulier de sommation, produisait déjà cet effet.

(14) V. sur ce point LAURENT, thèse Paris, précitée.

(15) V. G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, Paris, 1890 ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, II, n^o 127. — Comp. au sujet des actes passés hors foire » dans notre ancien droit : HUVELIN, *Histoire du droit commercial*, p. 496.

Double courant évolutif du droit commercial

Au contact du droit commercial en continuelle évolution, le droit civil lui-même finit par se modifier. Tout à l'heure, avec la notion de commercialité, nous voyions le courant de transformation remonter du droit commercial vers le droit civil. Maintenant, ce même courant change de sens : il descend du droit civil vers le droit commercial. Dans les deux cas, la frontière se déplace : dans le premier, elle conserve une netteté relative ; dans le second, au contraire, bien souvent elle devient extrêmement fuyante. Il n'est pas rare que nous la perdions de vue. Est-ce à dire qu'elle a complètement disparu ? Traduirons-nous ce mouvement évolutif en affirmant que, au moins dans notre dernière catégorie d'hypothèses, nous sommes en présence de cas limites, le droit civil et le droit commercial s'étant, en définitive, rejoints et confondus ? Partant, dirons-nous qu'il n'y a plus, de ce fait, sur ce terrain et sous ce rapport, aucune différence quelconque à établir entre les opérations commerciales et les opérations civiles, entre la situation des commerçants et celle des non-commerçants (16) ?

Notions communes et réglementations légales distinctes

Faut-il aller jusque-là ? Nous ne le pensons pas. A notre avis, on doit se garder, en pareille occurrence, des formules

(16) Par exemple, depuis la loi du 5 mars 1895, l'étranger doit la *cautio judicialum solvi* en matière commerciale comme en matière civile. AUBRY et RAU, § 747 *bis*, notes 12, 12 *bis* et 12 *ter*. — Sur la question posée au texte, v. et comp. THALLER, *Etude sur les actes de commerce*, dans les *Annales de droit commercial*, 1895, p. 180.

trop absolues. Sans doute, c'est un fait indéniable que nombre de notions et d'institutions sont aujourd'hui *communes* au droit commercial et au droit civil. *S'ensuit-il nécessairement que leur réglementation légale est identique ou, pour le moins, communicable de l'un à l'autre domaine ?* Une formule générale serait, croyons-nous, chimérique et vaine. Tout dépend des matières sur lesquelles on raisonne. Tantôt, les vannes s'ouvrent sans trop de difficulté, et les deux réglementations, tout en restant *parte in qua* distinctes l'une de l'autre, souffrent néanmoins, au prix de quelques concessions, la possibilité d'un rapprochement ou d'une combinaison (17). Nous l'avons vu à propos de la cession de créance. Tantôt, au contraire, le fossé subsiste et il ne paraît guère possible de le combler. C'est qu'il s'agit d'une institution, sans doute encore commune aux rapports civils et aux rapports de nature commerciale, mais faisant l'objet de deux réglementations de caractères profondément différents ou même opposés. Le fait de leur coexistence assure leur incompatibilité.

Exemple. La solidarité

Dans ce dernier ordre d'idées, la matière de la solidarité, si complexe à certains égards, nous offre une illustration suggestive. Nous ne raisonnerons que sur la solidarité passive. On sait qu'en matière civile la solidarité

(17) Ce rapprochement est même parfois indispensable puisque, sur beaucoup de points, le droit commercial, malgré ses progrès et son développement, ne fournit encore qu'une réglementation exceptionnelle qu'on doit nécessairement compléter par la réglementation générale et de droit commun qui est celle du droit civil. V. *infra* et THALLER, étude précitée dans le *Livre du centenaire*.

est conventionnelle ou légale. En l'absence de toute disposition expresse émanant de la volonté des parties ou de la loi, la solidarité n'est jamais présumée. L'article 1202 C. civ. est formel (18). Mais en est-il de même en matière de commerce ? L'article 1202 C. civ. s'applique-t-il également aux rapports de nature commerciale ?

En faveur de l'affirmative on a invoqué certains précédents historiques (19) et surtout le fait que, comme le Code civil (20), le Code de commerce (21) a prévu des cas de solidarité légale. C'est cependant la négative qui prévaut aujourd'hui de façon absolument certaine, et la Chambre des Requêtes, en déclarant dans un arrêt récent (Req., 13 janvier 1926, S. 1926, 1, 104) que le principe de l'article 1202 C. civ. est étranger aux matières commerciales, n'a fait que confirmer une jurisprudence déjà ancienne et qui s'acheminerait inévitablement vers cette solution (22). D'ailleurs, en dehors des considérations d'utilité pratique qu'on n'a pas manqué d'invoquer, — la solidarité de plein droit se justifie par l'intérêt commun du créancier qu'elle encourage à contracter, et du débi-

(18) AUBRY et RAU, § 298 *ter*, texte et note 10.

(19) V. BOISTEL, n° 435 ; MASSÉ, nos 1908 à 1916, et les références citées en note sous Req., 20 octobre 1920, D. 1920, 1, 161.

(20) C. civ., art. 395, 396, 1033, 1442, 1734, 1887 et 2002.

(21) C. com., art. 22, 23, 118, 140 et 187.

(22) Le principe de la solidarité de plein droit en matière commerciale a été admis très rapidement par les tribunaux de commerce (Seine, 3 juin 1840, D. 1841, 3, 382 ; *Ibid.*, Limoges, 19 juillet 1839, D. 1840, 2, 76), mais les Cours d'appel et, avec elles, la Cour de cassation, ont tout d'abord manifesté une certaine résistance (V. note sous Cass. civ., 8 janvier 1840, D. 1840, 1, 152 ; Paris, 11 décembre 1895, *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 178). La solution actuelle, consacrée par l'arrêt de la Chambre des Requêtes rapporté au texte, avait déjà été sanctionnée par des décisions antérieures (Tr. com. Bordeaux, 28 juillet 1887, *Gaz. Pal.*, 1888, 1, 243 ;

teur dont elle augmente le crédit, — il semble que telle est bien en effet la règle traditionnelle (23). En tout cas, voilà bien une institution commune aux rapports civils et aux rapports de caractère commercial, et qui fait néanmoins l'objet de deux réglementations diamétralement opposées.

L'acte sous seing privé. Art. 1328 C. civ.

Veut-on un autre exemple ? Il ne fait de doute pour personne que la définition de l'acte sous seing privé est exactement la même en droit civil et en droit commercial. Pourtant, il n'est nullement certain que les règles posées par les articles 1322 et suivants C. Civ. puissent être transportées intégralement et sans modification aucune aux relations de nature commerciale. Bien entendu, nous ne voulons pas parler ici des dispositions de la loi civile qui sont écartées ou au contraire reprises par des textes exprès de la loi commerciale (24). Nous faisons allusion seulement à certaines règles civiles qui ont été jugées en quelque sorte indésirables en matière commerciale sans que cependant aucun texte n'ait prononcé cette incompa-

Metz, 29 novembre 1854, D. 1855, 1, 135). L'arrêt Req., 20 octobre 1920 précité (S. 1922, 1, 201, note HAMEL) déclare que la solidarité peut résulter, en matière commerciale, de présomptions graves, précises et concordantes. La formule de l'arrêt Req., 13 janvier 1926 est beaucoup plus large. *Adde* : Req., 1^{er} février 1926, S. 1926, 1, 134, *D. hebdomadaire*, 1926, 114. En ce sens : LYON-CAEN, *Traité*, t. III, n° 38 ; THALLER et PERCEROU, n° 1054. V. aussi FRÉMERY, *Etudes de droit commercial*, p. 21.

(23) JOUSSE, *Commentaire* sur l'article 7 du tit. IV de l'Ordonnance de 1673 ; POTHIER, *Obligations*, t. I, n° 266.

(24) Cf. sur la combinaison de l'article 1325 C. civ. avec l'article 39 C. com. et avec l'article 109 C. com., *infra*, chap. V, § 2, texte et notes 74 à 77.

tibilité. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante, ancienne mais bien pauvre de motifs refuse d'étendre aux rapports commerciaux le système de la date certaine de l'article 1328 C. civ. Cette question touche d'ailleurs au problème général de la preuve en matière commerciale, problème important sur lequel nous nous réservons de revenir avec quelque détail (25).

Conclusion

La doctrine classique a toujours représenté le droit commercial comme une branche du droit privé directement greffée sur le droit civil et étroitement liée à lui. De savants auteurs (26) frappés par l'évolution que nous venons de retracer à grands traits, ont pensé que le développement pris aujourd'hui par les relations commerciales autorisait la reconnaissance d'une discipline absolument distincte, indépendante, spéciale au commerce, au sens le plus large du mot. Il aurait donc suffi d'un peu plus d'un siècle pour renverser complètement les plateaux de la balance. On nous assure que le droit commercial, ce sera demain Gulliver à Lilliput. Il pousse ses ramifications dans tous les domaines. Quant au droit civil, il se laisse pénétrer progressivement par les lois commerciales. A leur contact, il se transforme... et, en définitive, son champ d'application se rétrécit tous les jours... On nous fait songer à la *Peau de chagrin* de Balzac...

Voilà qui appelle quelques réserves. Au fond, il ne

(25) *Infra*, chap. V, § 2, texte et notes 80 et suiv.

(26) Cf. LYON-CAEN, article précité dans le *Livre du Centenaire*.

s'agit peut-être, selon une expression courante aux heures angoissantes de la guerre, que d'un recul stratégique, et si le droit civil pratique à l'égard des institutions commerciales une hospitalité poussée jusqu'au sacrifice de lui-même, c'est sans doute pour se les incorporer plus aisément.

Claudite jam rivos... Il sera temps de revenir à ces généralités lorsque nous aurons achevé notre tour d'horizon dans la matière des sociétés. Nous aurons alors réuni les éléments indispensables qui nous permettront de conclure. Pour l'instant, retenons des observations qui précèdent que la distinction entre les opérations de caractère civil et les opérations de caractère commercial, ou entre commerçants et non commerçants, présente un intérêt de premier plan, un intérêt de fond et non pas seulement un intérêt de procédure, comme on le croit communément. Retenons aussi que si cette distinction révèle de grosses difficultés quant à son établissement et quant à son principe, elle en soulève de non moins graves quant à la détermination précise de ses conséquences.

Droit international privé

Nous pouvons quitter maintenant le droit interne pour le droit international privé. Nous sommes mieux armés pour comprendre comment certaines discussions ont pu naître sur le terrain du conflit des lois.

Notre conception particulariste de ce droit

Mais une observation préliminaire s'impose. Il est indispensable, en effet, que nous prenions parti, dès main-

tenant, dans la controverse qui divise les internationalistes sur le point de savoir si des deux épithètes, *international* et *privé*, qui caractérisent ce droit, il convient de faire prévaloir la première ou la seconde (27). Naturellement, c'est un point fondamental. Pour des raisons que nous n'avons pas le loisir de détailler ici parce qu'elles nous entraîneraient trop loin, mais que nous aurons maintes occasions de vérifier au cours du présent ouvrage, nous faisons nôtre la conception particulariste de M. BARTIN (28). Avec lui nous estimons que le droit international est avant tout et essentiellement du *droit privé*. Ainsi compris, il se rattache étroitement à une certaine conception de la souveraineté des Etats. A ce titre, il comprend tous les conflits de lois de droit privé, et il ne comprend que ceux-là. Par conséquent, s'il ne s'étend pas aux conflits de lois de droit pénal international, parce qu'ils ne peuvent pas être considérés à tous égards comme de véritables conflits de lois de droit privé; par contre, il vise non seulement les conflits de lois en matière de droit civil mais aussi les conflits de lois en matière de droit commercial, et dans ces deux dernières catégories, les conflits doivent être résolus en même temps par l'application des mêmes principes (29). C'est encore une proposition que nous nous réservons de démontrer à une autre place. Nous verrons,

(27) Les deux écoles comptent des maîtres éminents. La première doctrine a été soutenue notamment par A. PILLET. *Principes de droit international privé*, Paris, 1903. La seconde a été conçue et développée par M. E. BARTIN. Cf. ses *Etudes de droit international*, Paris, 1899, et tous ses ouvrages.

(28) Et. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, Paris, 1907, 1 vol. in-8°. Introduction.

(29) Et. BARTIN, *Cours de droit international privé*, 1927-1928, p. 48 et s.

en effet, que si droit civil et droit commercial demeurent, en fait, séparés dans notre législation française interne et si cette séparation est, à certains égards, parfaitement tranchée, nos deux matières relèvent néanmoins des mêmes règles et des mêmes principes de solutions en droit international, parce que la notion de souveraineté de l'Etat en matière de droit privé est identique, qu'il s'agisse de conflits de droit civil ou qu'il s'agisse de conflits de droit commercial.

**Loi applicable à la détermination du caractère civil ou commercial d'un acte
et de ses conséquences**

Si le droit international n'est, comme nous le présupposons, que le développement dans un plan différent des problèmes que soulèvent les rapports de droit interne, il n'est pas étonnant que les difficultés que nous avons rencontrées touchant le criterium de la commercialité et la détermination de ses conséquences dans notre droit français interne, nous les retrouvions exactement semblables sur le terrain du conflit des lois. On discute beaucoup en effet sur le point de savoir quelle est la loi compétente pour apprécier le caractère civil ou le caractère commercial d'un acte, avec ses conséquences. Les divergences de la doctrine sur ce point sont symptomatiques : elles révèlent la complexité du problème, telle que nous avons pu l'entrevoir en droit interne. On peut penser que si la notion de commercialité qui s'apparente actuellement à la fois à la forme et au fond du droit, et qui touche en même temps aux actes et aux personnes, perdait ce caractère mixte, ambigu, multiple qu'elle présente aujourd'hui

dans notre législation française, du même coup, la plupart des difficultés correspondantes du droit international auraient disparu.

On a dit, par exemple, que « le caractère civil ou commercial des personnes ou des actes intéressant surtout la compétence des tribunaux, le principe suivant lequel les règles de compétence sont des règles d'ordre public veut que la loi française s'applique exclusivement » (30). A notre avis, c'est donner d'une solution juste une explication fautive en faisant d'une question de compétence législative une question de compétence juridictionnelle (31). C'est déplacer le problème de son véritable terrain. En effet, discuter sur le point de savoir si tel acte déterminé présente les caractères d'un acte de commerce ou d'un acte civil, discuter sur le point de savoir quelles sont les conséquences de la commercialité de l'acte sur la détermination de la profession commerciale de son ou de ses auteurs, ce n'est pas nécessairement, et dans tous les cas, raisonner sur la détermination de la compétence juridictionnelle des tribunaux civils ou des tribunaux de

(30) LYON-CAEN et RENAULT, I, n^{os} 183 et 211. — Comp. LEVILLAIN, *La vente volontaire de navires nationaux à des étrangers*, au Cl., 1896, p. 41, n^{os} 6 à 8.

(31) La confusion paraît provenir de ce que, sous le point de vue des règles de la compétence juridictionnelle spéciale, la distinction des litiges civils ou commerciaux s'est faite en tenant compte de la *nature* des rapports de droit engagés et non en considération de la condition personnelle des plaideurs. Au contraire, en ce qui concerne les règles de la compétence générale, on sait que la distinction entre les litiges de la compétence des tribunaux étrangers, s'est faite en s'attachant seulement à la nationalité des parties en cause. Cf. AUBRY et RAU, § 748 *bis*, note 1. Sur le point de savoir si l'article 420 Pr. civ. appartient aux règles de compétence générale ou aux règles de compétence spéciale, cf. AUBRY et RAU, § 748 *bis*, note 46.

commerce (32). On peut parfaitement supposer que le tribunal saisi, après s'être déclaré normalement compétent par application des règles de la compétence juridictionnelle, se trouve dans l'obligation d'apprécier le caractère civil ou commercial d'une opération en litige, ou encore la qualité de commerçant ou de non commerçant de l'un des plaideurs. Quelle est la loi qui lui fournira le criterium cherché ? En pareille hypothèse, nous sommes bien en présence d'un conflit de lois, non d'un conflit de juridictions.

Si nous ne raisonnions que sur une question de forme, nous pourrions songer à appliquer la loi locale. Mais nous avons vu que dans la commercialité entrent souvent des éléments de fond. Dès lors, appliquera-t-on la loi personnelle des parties ? Ou faut-il laisser la place au statut d'autonomie (33) ?

Jurisprudence

A deux reprises, la jurisprudence (Aix, 3 avril 1884, Cl., 1885, p. 81 et Poitiers, 4 novembre 1886, Cl., 1886, p. 703) s'est prononcée en faveur de la loi du pays où la personne est établie. Telle est bien en effet la solution qui nous paraît la meilleure. S'agissant de personnes *domiciliées* en France, la loi qui doit déterminer le caractère civil ou commercial des actes qu'elles passent, — avec toutes ses conséquences, — est la loi française. Sans doute,

(32) V. les précisions données à cet égard par un jugement du trib. civ. de Bruxelles, 22 avril 1908, Cl., 1909, p. 229.

(33) En ce dernier sens : ASSER et RIVIER, n° 91 ; SURVILLE et ARTHUYS, n° 446. — Comp. BOISTEL, n° 535.

quand il s'agit seulement de délimiter l'étendue des obligations de chacune des parties envers l'autre, on peut s'en remettre au seul système de l'autonomie. Les parties sont libres de traiter où elles veulent, quand elles veulent. Mais il paraît impossible d'abandonner à leur seule volonté la qualification du caractère civil ou commercial des actes qu'elles ont passés avec toutes les conséquences que cette qualification comporte. C'est que les dispositions légales dont il est ici question, sont dans une certaine mesure, des dispositions impératives (34). Protectrices non seulement de la personne qui s'oblige, mais aussi des tiers qui traitent ou sont susceptibles de traiter avec cette personne, elles présentent cette particularité remarquable de ne fonctionner que lorsque l'acte a été passé, pour déterminer ses conséquences. C'est d'ailleurs une idée que nous retrouverons. Nous nous bornons pour l'instant à ces indications.

Nous en avons, par là même, terminé avec cet aperçu sommaire, très rapide, des principales difficultés soulevées dans notre droit par la dualité des législations civile et commerciale. C'est à la matière des sociétés que nous réserverons maintenant tous les développements qui suivent.

(34) Et. BARTIN, *Cours de droit international privé*, 1927-1928, p. 145 et suiv. Dans le même sens : VALÉRY, n° 892.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Prolégomènes

Notions générales

Art. 18 C. com.

Aux termes de l'article 18 C. com. le contrat de société commerciale dépend du droit civil, de la loi commerciale et de la convention des parties.

Pour comprendre la portée actuelle et déterminer la signification exacte du principe général ainsi posé, il est indispensable de résoudre toute une série de problèmes subsidiaires. Ces problèmes, nous croyons qu'il est possible de les ramener aux trois idées fondamentales que nous trouvons en germe dans cette disposition de l'article 18 C. com., à savoir :

Trois questions fondamentales

- 1^o Quelle est, au juste, la part du droit civil ?
- 2^o Quelle est, au juste, la part de la loi commerciale ?
- 3^o Dans quelles limites la volonté des parties peut-elle s'exercer ? Autrement dit, dans quelle mesure la détermination légale (1) des domaines respectifs de la loi civile et de la loi commerciale peut-elle être modifiée par des stipulations conventionnelles ?

(1) Ou coutumière. *Infra*, chap. V.

Remarque préliminaire

Nos deux premières questions sont complémentaires l'une de l'autre, mais après les explications que nous avons déjà présentées (2), on comprendra qu'elles ne s'excluent point. Il se pourrait, en effet, qu'après avoir déterminé la part exacte de la loi civile, nous n'eussions pas par là même déterminé la part de la loi commerciale. Le problème — nous l'avons vu — doit toujours être envisagé sous sa double face. Les exemples que nous avons empruntés jusqu'ici aux matières commerciales généralement quelconques nous ont amplement démontré la nécessité de cette méthode. Nous n'aurions aucune raison de l'abandonner quand il s'agit du droit des sociétés.

Quant à notre troisième question, si elle est de toute évidence et *a priori* solidaire des deux autres, elle n'en présente pas moins un intérêt particulier de tout premier plan puisqu'elle pose le problème du caractère impératif ou interprétatif des textes que nous aurons à examiner. Quand on a déterminé *in abstracto* la part respective de la loi civile et de la loi commerciale dans la matière des sociétés, on n'est encore qu'à mi-côte, car il faut faire intervenir alors un élément de première importance dans ce domaine des contrats : c'est l'élément conventionnel.

Nécessité de la détermination des traits distinctifs de la société commerciale

Ces quelques observations générales, très simples dans leur énoncé, pouvaient-elles fournir à elles seules le point

(2) *Supra*, Introduction, texte et note 3.

de départ de nos développements ultérieurs ? Nous ne l'avons pas pensé. C'est qu'en effet, appliquer les trois questions fondamentales qui précèdent au droit des sociétés commerciales, c'est supposer résolue une difficulté qui domine au fond toute la matière, celle de savoir quels sont les traits distinctifs de la société commerciale. Nous avons donc cru indispensable, avant d'aller plus loin, de rappeler dans ce chapitre introductif certaines notions élémentaires qui ne feront d'ailleurs qu'amorcer utilement notre étude. Aussi bien, préciser les caractères spécifiques de la société de commerce (3), c'est distinguer celle-ci de concepts différents qui relèvent les uns de la loi civile, les autres de la loi commerciale, d'autres enfin alternativement ou cumulativement des deux législations (4). Il y a plus. Etablir les traits distinctifs de la société de commerce, c'est aussi toucher à la détermination

(3) Il n'y a pas une société de commerce ; il y a des sociétés commerciales. Si nous employons le singulier, c'est seulement *brevitatis causa* et pour englober dans une seule expression générique les différentes variétés connues de sociétés commerciales. En principe, nous nous en tiendrons dans les développements qui vont suivre, à l'énumération des articles 19 (société en nom collectif ; société en commandite ; société anonyme) et 47 (association commerciale en participation) C. com. pour ne mentionner que si besoin est, la division fondamentale des sociétés ainsi énumérées en sociétés par intérêts et sociétés par actions, ou les catégories secondaires de sociétés de commerce (*Infra*, note 4).

(4) C'est distinguer la société commerciale proprement dite de l'association, de l'indivision, du contrat de prêt, du contrat de mandat, du contrat de vente, de la donation, etc... Nous supposons connues les sources de la matière. Nous nous bornons à rappeler ici les principales.

Textes fondamentaux : C. civ. art. 1832 à 1873 ; C. com. art. 18 à 64 ; loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions ; loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée ; loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés ; loi du 1^{er} août 1893 sur les sociétés à objet civil et à formes commerciales ; lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903 sur les actions de priorité et les actions d'apport ; loi du 12 novembre

du caractère impératif ou interprétatif des textes en jeu, en abordant le problème de la qualification des sociétés. Par conséquent, c'est commencer déjà l'esquisse de la ligne séparative de nos deux domaines. C'est enfin, — comme on verra bientôt, — construire progressivement et sur des bases rationnelles le plan de nos futures spéculations.

Définition de la société. Art. 1832 et suiv. C. civ.

Omnis definitio in jure civili periculosa est. Le législateur de 1804 n'a pas hésité cependant à définir le contrat de société (art. 1832 et suiv. C. civ.). Il l'a fait en donnant une formule générale, sorte de passe-partout, formule de droit commun (5) qui devait, dans sa pensée, s'appliquer aux seuls types alors connus de sociétés, — cela va de soi, — mais aussi à eux tous (6). Depuis, la notion de société — précisons : la notion de société commerciale, — s'est développée dans les proportions que l'on sait. Dans quelle mesure les principaux types de sociétés commerciales actuellement pratiqués s'accommodent-ils de cette

1913 portant modification de l'article 34 C. com. et des articles 27 à 31 de la loi du 24 juillet 1867 ; loi du 24 juin 1921 sur les associations en participation ; loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée (variété inspirée de la législation allemande).

Types secondaires de groupements : sociétés d'assurances, loi du 24 juillet 1867, décrets des 22 janvier 1868 et 8 mars 1922 ; loi du 17 mars 1905 sur le contrôle des sociétés d'assurances sur la vie. *Adde* : *infra*, note 21. Sociétés coopératives, *infra*, note 22.

(5) Sur la notion du contrat de société (art. 1832 et suiv. C. civ.), v. AUBRY et RAU, § 377 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n^{os} 693 et suiv. ; GUILLOUARD, n^{os} 18 et suiv. ; PONT, n^{os} 91 et suiv. ; VAVASSEUR, n^{os} 32 et suiv. ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 63.

(6) Le renvoi de l'article 18 C. com. au droit civil ne fait que confirmer cette opinion. PLANIOL, *Précis*, II, n^{os} 1933 et suiv.

conception originaire du législateur civil ? C'est un premier point à examiner. Quels sont les éléments nouveaux inclus dans la conception actuelle de la société commerciale, et dans quelle mesure ces éléments ont-ils transformé, avec le temps, l'ancienne conception du législateur de 1804 ? C'est un deuxième point. Enfin, dernière question : quelle a été, dans ce double phénomène d'évolution législative, la part laissée à la volonté individuelle ?

Premier point : Dans quelle mesure la notion de société commerciale est-elle compatible avec les divers éléments de la définition donnée par le législateur civil dans les articles 1832 et suiv. C. civ. ?

Aux termes des articles 1832 et suivants C. civ. la société, contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes (7), suppose la réunion de deux éléments (8) : 1^o la

(7) Cette disposition de l'article 1832 C. civ. a soulevé des difficultés notamment en matière de sociétés par actions, dans l'hypothèse où toutes les actions se trouvent réunies aux mains d'un seul associé. On a prétendu qu'en pareil cas, la société n'était pas dissoute et continuait de fonctionner au profit de son unique actionnaire. Cette opinion a été repoussée par la Cour de cassation (Cass. Req. rej., 10 avril 1867, D. 1867, 1, 397 ; Req. rej., 6 novembre 1918, *Gaz. Soc.*, 1919, p. 6). Au surplus, la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée précise qu'une société de ce genre ne peut se constituer qu'entre deux associés au moins. Ce rappel de la disposition de l'article 1832 C. civ. s'explique par le fait que le législateur de 1925 s'est inspiré de la loi allemande sur les sociétés à responsabilité limitée qui admet justement qu'une société peut être formée par une seule personne ; c'est cette solution que le législateur de 1925 a voulu écarter, comme contraire aux principes généraux de notre droit français des sociétés (art. 1832 C. civ.).

On pourrait être tenté de considérer comme un développement du principe posé par l'article 1832 C. civ. la disposition de l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 qui exige pour la validité de la société anonyme la réunion de sept souscripteurs originaires. En réalité, le législateur de 1867 n'a fait qu'emprunter ici à la loi anglaise de 1861 sur les *Limited Companies*.

(8) Les auteurs en ajoutent généralement un troisième : l'*affectio societatis*, en entendant par là l'intention commune des contractants

mise en commun de certains biens ou apports fournis par chacun des contractants ; 2^o la participation desdits contractants aux bénéfices et leur contribution aux pertes (art. 1855 C. civ.) pouvant résulter de cette mise en commun des apports.

Le principe de l'extension de cette définition générale aux sociétés commerciales a été admis sans difficulté (9). Mais il convient de descendre dans les détails, car il y a peut-être déjà quelques différences à signaler entre la notion d'apport telle qu'elle fonctionne ou telle qu'elle est appliquée en matière commerciale et la notion d'apport telle qu'elle est comprise en matière civile. De même, la notion de participation aux bénéfices ou la notion corrélative de contribution aux pertes ne comporte peut-être pas tout à fait la même définition dans chacun des deux plans civil et commercial.

A. Nécessité d'un apport

L'existence d'un fonds commun a été présentée à plusieurs reprises par la Cour de cassation comme indispensable à la création de toute société généralement quelconque, qu'elle soit commerciale ou qu'elle relève purement et simplement de la loi civile (10).

de coopérer en vue d'un bénéfice à partager (Cf. RIPERT, *Ann. dr. comm.*, 1905, p. 53 et suiv.). Nous revenons plus loin sur ce point (V. Cass. civ., 20 juillet 1908, D. 1909, 1, 93). *Infra*, texte et notes 47 et suiv.

(9) V. not. société en commandite, Ch. civ., 20 juillet 1908, précité.

(10) V. not. Req. rej., 28 mars 1837, D. 1837, 1, 287 et Req. rej., 6 avril 1853 (sociétés en commandite), D. 1853, 1, 193.

Association en participation

Des difficultés ont été soulevées ici par cette variété particulière de groupement qu'on appelle l'association en participation. Un capitaliste Primus fournit des fonds à un ingénieur Secundus qui établit une industrie, achète une usine, etc..., passe tous les contrats en son nom personnel ; l'entreprise se développe sous le nom de l'ingénieur ; les tiers ignorent que les fonds ont été fournis par le capitaliste et néanmoins des comptes seront dus par Secundus à Primus, parce qu'ils ont constitué entre eux un groupement occulte : une association en participation. On a pu soutenir que des groupements de ce genre n'étaient pas des sociétés proprement dites au sens des articles 1832 et suivants C. civ. et qu'ils devaient en être soigneusement distingués puisqu'ils n'impliquaient pas la nécessité d'un apport véritable de la part de chaque participant (11). Cette interprétation, encouragée, semble-t-il, par des raisons fiscales, est abandonnée aujourd'hui. En réalité, l'association en participation suppose, comme toute société, la mise en commun de certains biens ou valeurs, en vue de réaliser des bénéfices (12). Nous n'insisterons pas sur cette difficulté qui paraît réglée à l'heure actuelle, mais elle valait la peine d'être relevée au passage. D'ailleurs, l'association commerciale en participation, de pratique courante aujourd'hui, a fait l'objet d'une règle-

(11) Ch. civ. rej., 13 avril 1886, S. 1887, 1, 181 (matière fiscale), rapporté AUBRY et RAU, § 377, note 1 *quinquiès*.

(12) V. not. PONT, n° 1779 et note sous Ch. civ., 30 décembre 1884, S. 1886, 1, 321, également rendu en matière fiscale. *Adde* : Req. rej., 15 avril 1902, S. 1903, 1, 289, note WAHL.

mentation assez récente (art. 47 et suiv. nouv. C. com. ; loi du 24 juin 1921) et si les auteurs, tout en la mettant au rang des sociétés commerciales, lui font une place à part, ce n'est certes pas pour le motif qu'elle ne satisfait point aux conditions de la loi civile et des articles 1832 et suivants C. civ. (13).

L'apport en matière civile et l'apport dans la société anonyme

La notion d'apport, en matière civile, est relativement simple : il s'agit de tous biens ou valeurs appréciables en argent (14). C'est parce qu'il n'est pas susceptible d'une évaluation pécuniaire, que le crédit d'une personne ne saurait faire l'objet d'une mise sociale (15). Cette dernière solution a été pleinement confirmée en matière commer-

(13) Mais bien parce que, en raison de son caractère occulte, l'association en participation, à la différence des autres catégories de sociétés commerciales, n'est pas revêtue de la personnalité civile (V. not. Req. rej., 15 juillet 1846, D. 1846, 1, 273 et Ch. civ., 3 novembre 1914, D. 1916, 1, 191). Ajoutons qu'en dehors de toute difficulté d'ordre fiscal, les arrêts rapportés aux deux notes précédentes nous paraissent avoir consacré au moins implicitement une différence de fond entre l'*apport* proprement dit et la *mise en commun* de certains biens ou valeurs, sur le principe de laquelle nous croyons devoir formuler une réserve. S'il est vrai que, au point de vue du langage, il serait plus rationnel et par conséquent souhaitable de n'employer le mot *apport* qu'en présence d'un groupement revêtu de la personnalité civile (V. *infra*), les biens ou valeurs étant, en effet, en pareil cas, *apportés* par les coassociés à la personne civile qu'ils ont volontairement constituée, pour réserver l'expression *mise en commun* aux autres hypothèses où l'absence de personne civile implique seulement une cession de coassocié à coassocié, il faut néanmoins reconnaître, quant au fond, qu'une telle discrimination ne trouve de base sérieuse dans aucun texte de la loi commerciale, non plus d'ailleurs que dans l'interprétation courante des articles 1832 et suiv. C. civ.

(14) AUBRY et RAU, § 377, texte et références notes 1 *sexies*, 1 *septies* et 1 *octies*.

(15) AUBRY et RAU, § 377, note 2.

ciale par un jugement du tribunal de commerce de la Seine en date du 28 mai 1886 (16). Une société anonyme émet des actions. Un syndicat de souscripteurs se forme qui propose à la société l'utilisation du crédit de ses membres, moyennant l'octroi d'un certain nombre d'actions que la société conservera en garantie. Le tribunal de commerce de la Seine n'a pas admis la validité de l'opération. Ce jugement nous a paru d'autant plus intéressant à relever qu'il a été rendu à propos d'une société anonyme, dans une hypothèse, par conséquent, où l'on aurait attendu plutôt la décision contraire. On sait en effet que la loi de 1867 a imaginé une procédure spéciale, très rigoureuse et très minutieusement réglementée : c'est la procédure dite de vérification des apports en nature (16 *bis*) et des avantages particuliers.

Les avantages particuliers

La société, avant même sa constitution définitive, est mise en mesure de constater en quoi consistent les apports et de vérifier si les actions remises en représentation desdits apports ne correspondent pas à une valeur supérieure à leur valeur réelle. La vérification porte non seulement sur les apports en nature — ceux-là se définissent d'eux-mêmes, — mais aussi sur les avantages particuliers (17). On sait qu'il faut entendre par là les

(16) Rapporté sous Paris, 26 juillet 1887, D. 1888, 2, 145.

(16 *bis*) Comp. article 1853 C. civ. relatif aux apports en industrie.

(17) Sur la notion d'avantages particuliers dans les sociétés anonymes, v. THALLER et PIC, n^{os} 931 et suiv. Sur la remise aux fondateurs d'une société anonyme d'un certain nombre d'actions représentant pour partie des apports en nature (immeubles) et pour le surplus ces avantages particuliers, v. Nancy, 19 août 1882, D. 1883, 2, 131.

rémunérations *sensu lato* accordées à certaines personnes à la suite de circonstances spéciales, et, pour prendre l'exemple classique, les actions remises aux fondateurs en considération des services qu'ils ont rendus à la société à l'époque de sa constitution. Mais ces services récompensés par une part d'associé (17 *bis*) ne sont-ils pas en liaison étroite avec le crédit de la personne qui les a fournis ? Dès lors, si on l'admet, il faut reconnaître que le crédit d'une personne peut faire l'objet, tout au moins dans la société anonyme, d'une mise sociale. La notion d'apport dans la société anonyme nous apparaît ainsi plus large que la notion correspondante en matière civile (18) et les inconvénients que pourrait présenter cette extension disparaissent au moins théoriquement avec la procédure spéciale de vérification imaginée par le législateur de 1867.

(17 *bis*) Comp. *infra*, note 34 *bis*.

(18) Cette différence de fond mise à part, il est bien entendu qu'on pourrait relever d'autres différences quant aux modes de constitution des apports, par exemple (règles relatives à la constitution des sociétés anonymes ; règles relatives aux souscriptions de titres, etc...) ou quant aux procédés de cession des apports (art. 1690 C. civ. ; loi du 23 mars 1855 ; publicité et procédés de cession particuliers au droit commercial, publicité organisée par les lois des 17 mars 1909 et 31 juillet 1913 relatives à la vente et au nantissement des fonds de commerce, etc... — Cpr. *supra*, Introduction, texte et note 12), mais celles-ci sont étrangères à la détermination des caractères distinctifs de la notion proprement dite d'apport en matière de sociétés commerciales. Nous n'en faisons donc le rappel que pour mémoire. Sur le point de savoir si les primes, dites d'émission, peuvent être considérées comme un apport véritable, Ch. civ., 20 juin 1917, S. 1917, 1, 33, note LYON-CAEN et article dans le *Quotidien Juridique*, 7 novembre 1928.

Ajoutons que, en matière commerciale comme en matière civile, l'apport présente la même *nécessité*, en ce sens qu'il ne saurait y avoir de société sans apport. Il faut au moins un ensemble de valeurs réelles susceptibles d'établir le fonds commun ou de constituer le patrimoine

B. Bénéfices à partager

Procédons maintenant à la même analyse à l'égard de la notion de bénéfices. En plus de la mise en commun de certains biens ou valeurs, la société suppose, avons-nous dit, la participation des associés aux bénéfices et leur contribution aux pertes de l'entreprise (art. 1832 et 1855 C. civ.).

Confusion, dans la jurisprudence du XIX^e siècle, de l'association avec la société civile

L'interprète qui s'en tiendrait à la simple lecture des nombreux arrêts qui ont été rendus en ces matières pendant tout le cours du XIX^e siècle, ferait une erreur singulière et aujourd'hui grosse de conséquences si, se fiant aux termes employés par cette jurisprudence, il croyait trouver précisément dans la notion de bénéfices à partager le criterium distinctif de la société civile et de la société commerciale. Pourtant, il est courant de relever dans les décisions de cette époque, même dans celles de la Cour suprême, des raisonnements du genre de celui-ci : telle société constituée entre commerçants en vue de préserver les participants, moyennant le paiement d'une prime, des pertes résultant de leurs faillites éventuelles, ne peut produire aucun bénéfice : ce n'est pas, par consé-

social. Tout bien grevé d'un passif absorbant sa valeur nominale ne serait qu'un apport fictif (Req., 14 juin 1887, D. 1887, 1, 419, société anonyme de Tréport-Terrasse). Sur la détermination du caractère fictif des apports en matière de sociétés anonymes, v. not. Trib. com. Seine, 10 février 1911, *Journ. Soc.*, 1912, p. 74 et note HOUFIN ; THALLER et PIC, n^{os} 41 et suiv.

quent, une société commerciale ; c'est une société civile (Paris, 27 janvier 1854, D. 1855, 2, 61) (19). Tel groupement a été constitué entre parents et appelés au service militaire pour s'assurer mutuellement contre les hasards de la conscription ; ce groupement ne peut procurer aucun bénéfice à ses adhérents ; c'est donc une société civile (Ch. civ. rej., 16 avril 1856, D. 1856, 1, 153) (20). Telle société fait des bénéfices, mais ne les partage pas ; c'est une société civile (20 *bis*), etc...

Société commerciale et association

Aujourd'hui, un grand nombre de ces groupements qualifiés improprement de sociétés civiles par l'ancienne jurisprudence, ont reçu une étiquette légale (21). Ce sont tantôt des groupements intéressés qui ne constituent pas

(19) C'est en réalité une société d'assurances mutuelles. V. références AUBRY et RAU, § 377, note 5, et *infra*, notre note 33.

(20) Mais serait commerciale la société formée dans un but spéculatif pour provoquer, moyennant certaines rétributions, la création d'un groupement de ce genre, tant dans l'intérêt des conscrits que dans l'intérêt commun des associés (même arrêt). Ces sociétés d'assurances contre les chances du recrutement militaire, disparues aujourd'hui grâce au régime de la conscription générale et obligatoire, paraissent avoir été autrefois en faveur auprès du public.

(20 *bis*) Cf. Req. rej., 20 février 1843, D. 1843, 1, 180. Mais la jurisprudence avait déjà marqué la distinction entre la société civile et les établissements religieux soumis à cette époque au régime spécial de la loi du 24 mai 1825 (Ch. civ. rej., 7 novembre 1855, 1, 436).

(21) Cf. THALLER et PIC, n° 83. Décret du 22 janvier 1868, modifié par un titre spécial du décret du 8 mars 1922 relatif aux sociétés d'assurances mutuelles (*infra*, note 33) ; lois des 15-20 juillet 1850 sur les sociétés de secours mutuels ; loi du 21 juin 1865 sur l'association syndicale entre propriétaires ruraux, étendue aux propriétés urbaines par la loi du 22 décembre 1888 ; loi du 12 juillet 1875 (art. 10) sur l'association pour l'enseignement supérieur libre ; loi du 21 mars 1884, sur les syndicats professionnels et loi du 30 novembre 1892 (art. 13) sur les syndicats médicaux, etc...

de société proprement dite parce qu'ils ne partagent pas les bénéfices qu'ils réalisent, tantôt des groupements dits désintéressés, qui ne constituent pas de société véritable parce qu'ils ne réalisent aucun bénéfice au sens des articles 1832 et suivants C. civ. En réalité, la notion de partage de bénéfices permet d'opposer non la société commerciale à la société civile, mais toute société proprement dite généralement quelconque à l'*association* régie, comme on sait, par la loi fondamentale du 1^{er} juillet 1901 (21 bis).

Nous distinguons ainsi, par conséquent, le concept de société commerciale — le seul qui nous intéresse ici, — de cette série de groupements infiniment variés que le législateur a rangés dans la rubrique des *associations* (22).

(21 bis) Malgré l'autorité qui s'attache à l'arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation le 11 mars 1914 (S. 1919, 1, 103) qui confirme en tous points cette doctrine, certains auteurs critiquent l'insuffisance du criterium fondé uniquement sur l'idée que la société suppose l'intention de partager des bénéfices alors au contraire que cette intention fait défaut dans l'association (V. not. H. HAYEM, *Domaines respectifs de l'association et de la société*, 1 vol. in-8°, Paris 1907).

(22) De grosses difficultés ont été soulevées par la détermination du caractère juridique des groupements dits coopératifs. Ces groupements ont fait l'objet, depuis quelques années, d'une réglementation touffue et abondante (loi du 4 décembre 1913 sur les sociétés mutuelles de crédit maritime ; loi du 18 décembre 1915 sur les coopératives ouvrières ; loi du 7 mai 1917 modifiée par une loi du 14 juin 1920 sur les coopératives de consommation ; loi du 5 août 1920 sur le crédit mutuel et la coopération agricole ; loi du 13 mars 1917 sur le crédit au petit et au moyen commerce ; loi du 15 août 1920 sur les sociétés coopératives de reconstruction immobilière des régions dévastées ; lois du 5 décembre 1922 et du 27 avril 1923 sur les sociétés d'habitation à bon marché, etc...). On connaît le principe sur lequel repose le type classique de ces groupements : la société coopérative de consommation. La société fait des achats puis revend avec bénéfices à ses adhérents : une partie des bénéfices ainsi réalisés est affectée à la couverture des frais généraux, et l'excédent est distribué aux acheteurs, au prorata de leurs achats. Les groupements de

Mais, contrairement à ce que nous pouvions croire au premier abord, nous n'avons nullement dégagé le criterium de distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Nous continuons donc d'entendre provisoirement par société civile la société conçue et définie par le législateur de 1804 dans les articles 1832 et suivants C. civ. et par sociétés commerciales les principaux types de sociétés visés par les articles 19 et 47 C. com. (23).

ce genre sont-ils des sociétés ou de simples associations ? Jusqu'à la loi du 7 mai 1917 qui a doté les coopératives de consommation d'un statut très libéral, la question fut très discutée. Seuls quelques articles de la loi du 24 juillet 1867, relatifs aux sociétés à capital variable permettaient de reconnaître le caractère de société commerciale aux groupements qui s'y étaient expressément référés. Certains auteurs avaient pu soutenir que la coopérative n'est ni une société véritable, ni une association ; ce serait un contrat innommé (En ce sens : TROUILLOT et CHAPSAL, *Du contrat d'association*, Paris 1902), mais la majeure partie de la doctrine marquait une tendance favorable à l'application de la loi du 1^{er} juillet 1901 (Cf. PIC, *Du contrat d'association* (*Rev. trim. dr. civ.*, 1905, p. 472) ; COLIN et CAPITANT, *Précis*, II, p. 634). Quant à la jurisprudence, elle était assez flottante. Un arrêt de la Chambre civile du 22 novembre 1911 (S. 1912, 1, 5, note LYON-CAEN) décidait que l'association coopérative qui fait uniquement des affaires avec ses adhérents et qui ne s'adresse point aux tiers, n'est pas une société commerciale. Il semble que la législation nouvelle rapproche au contraire la société coopérative de la société proprement dite. V. en ce sens la loi du 26 avril 1917 (art. 74 nouv. de la loi de 1867) qui vise les *sociétés commerciales* coopératives de main-d'œuvre, et les principales dispositions de la loi du 7 mai 1917, en ce qui touche notamment les sociétés de crédit agricole. Quant aux sociétés d'épargne et de capitalisation, pour l'historique de la question, v. note PERCEROU sous Paris, 28 mars 1912, D. 1915, 2, 1. — Comp. Ch. civ., 7 novembre 1927, S. 1928, 1, 121. — Sur la nature juridique des sociétés d'obligataires, v. Trib. com. Seine, 21 avril 1926, D. *hebd.*, 1926, p. 358 ; Besançon, 11 décembre 1926, D. *hebd.*, 1927, p. 106 ; Paris, 30 mars 1928, D. *hebd.*, 1928, p. 372.

(23) *Supra*, note 3.

La notion de bénéfices

De ce que la notion de bénéfices à partager est commune aux deux catégories de sociétés, s'ensuit-il qu'elle apparaît rigoureusement identique à elle-même quand on l'analyse successivement en matière civile puis en matière commerciale ? Nous avons vu que la notion d'apport était, au moins sous certains points de vue, plus large en matière commerciale. La notion de bénéfices est, au contraire, plus étroite.

Originellement (24), la notion de bénéfices dans la société était extrêmement étendue. En droit romain, tout avantage quelconque retiré par l'un des participants était considéré comme un partage de bénéfices (25). Notre ancien droit avait continué la tradition (26) et il ne semble pas qu'il ait été dans l'intention du législateur de 1804 d'innover à cet égard (27). Un texte du Code civil paraît d'ailleurs se rattacher directement à cette interprétation : c'est l'article 1841 (27 bis).

Jurisprudence limitative

Quoi qu'il en soit et en dépit de ces précédents, la jurisprudence a inauguré un système nouveau, de caractère nettement limitatif. Elle entend, par partage de bénéfices,

(24) AUBRY et RAU, § 377, note 1 bis.

(25) Frag. 52 Dig. *Pro socio*, XVII, 2.

(26) DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. 8, sect. I, § 1 ; POTHIER, *Du contrat de société*, § 133.

(27) Travaux préparatoires. FENET, XIV, 366, 380, 385, 405, 407 et 418.

(27 bis) AUBRY et RAU, *loc. cit.*

un partage véritable impliquant une acquisition proprement dite au profit des associés (28). Quant au bénéfice lui-même, nous pouvons le définir, toujours d'après la jurisprudence, par la formule suivante : c'est un avantage périodique, matériel et pécuniaire (29) sous forme d'une acquisition proprement dite (30) résultant des opérations directes de la société (31).

Naturellement, on a essayé d'expliquer cette jurisprudence, manifestement contraire à la tradition et qui, notons-le, s'applique sans distinction aux matières civiles comme aux matières commerciales. On a invoqué notamment la prépondérance prise dans les temps modernes par les sociétés commerciales où l'esprit de spéculation est évident et où la notion de bénéfice à partager, s'écartant de la notion traditionnelle de profit *sensu lato*, se ramène à celle plus étroite de gain matériel et pécuniaire (32). Il est évident que si l'on s'attache aux seuls types de sociétés prévus par le Code de commerce et plus spécialement aux sociétés dites de capitaux, le but poursuivi par les groupements de ce genre est un but purement

(28) Req. rej., 29 novembre 1897 (association en participation), D. 1898, 1, 108, S. 1902, 1, 15 ; Req. rej., 25 avril 1910 (société civile), S. 1913, 1, 481.

(29) Req. rej., 4 janvier 1842, S. 1842, 1, 231 ; Req. rej., 30 juillet 1901, S. 1905, 1, 502.

(30) Aix, 8 avril 1878, S. 1879, 2, 313.

(31) Req. rej., 28 décembre 1880, S. 1882, 1, 99. Certains arrêts ajoutent un élément intentionnel. *Supra*, note 8. AUBRY et RAU, § 377, notes 3 *ter*, 3 *quater* et 4.

(32) En ce sens : PLANIOL, note sous Cass., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217, et *Précis*, II, texte et références n° 1943 ; AUBRY et RAU, note 1 *bis in fine*. Cass. Chambres réunies, 11 mars 1914, D. 1914, 1, 257, note L. S. Cf. *supra*, note 21 *bis*.

intéressé, parfaitement égoïste, et qui ne vise en définitive que la réalisation d'avantages strictement pécuniaires. Mais il ne faudrait peut-être pas pousser cette interprétation trop loin, car il y a des groupements qui rentrent aujourd'hui de façon à peu près certaine dans le cadre des sociétés commerciales et qui cependant, quant au but poursuivi et sous ce point de vue particulier des bénéfices, se rapprocheraient plutôt de l'association que de la société proprement dite (33).

Contribution aux pertes

Au partage de bénéfices correspond l'obligation pour chaque associé de contribuer aux pertes éventuelles de la société (art. 1855 C. civ.). Ici, le droit commercial a innové soit en permettant à chaque associé de limiter sa participation aux pertes, à la mesure de son apport — c'est le principe fondamental sur lequel reposent toutes les sociétés par actions — (34), soit en accordant, dans certaines circonstances, des droits particuliers dans les bénéfices n'impliquant pas l'obligation correspondante de participer aux pertes (34 *bis*). Mais ce ne sont là que

(33) Les sociétés d'assurances mutuelles, par exemple. *Supra*, note 21. V. not. Req. rej., 21 décembre 1903, D. 1904, 1, 305. Cf. AUBRY et RAU, § 377, note 5 précitée. Pour les coopératives, v. *supra*, note 22.

(34) *Adde* : loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée.

(34 *bis*) Aux titulaires ou aux porteurs de parts bénéficiaires, par exemple, dans la mesure où celles-ci leur confèrent des droits d'associés. La question est controversée. Même observation pour les porteurs ou titulaires d'actions dites privilégiées (art. 34 nouv. C. com., lois des 16 novembre 1903 et 22 novembre 1913). V. not. Trib. com. Chambéry, 19 août 1927, S. 1928, 2, 97, note H. SOLUS. Bien avant que ces catégories particulières de titres soient autorisées par la loi, l'initiative privée

des exceptions à la règle générale de l'article 1855 C. civ. qui continue de représenter le droit commun aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. C'est ainsi qu'en dehors des procédés spécialement autorisés et réglementés par la loi commerciale auxquels il vient d'être fait allusion, toute clause par laquelle un coassocié se trouverait soustrait à toute participation aux pertes ou écarté de tout partage de bénéfices, serait une clause dite léonine et emporterait la nullité de la société (35).

En somme, si nous mettons à part les difficultés soulevées par la définition exacte de la notion de bénéfices, nous voyons que cette double obligation de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes que le Code civil nous représente comme un élément constitutif du contrat de société, est bien aussi un trait caractéristique de la société commerciale.

Société en commandite et contrat de prêt

C'est cet élément qui va nous permettre de distinguer, par exemple, la société en commandite du prêt à intérêts (36). Primus signe avec Secundus un contrat de so-

avait fait, à une certaine époque, une curieuse tentative. V. sur la création d'actions dites actions rouges qui, bien que donnant droit à des dividendes, auraient affranchi leurs titulaires des pertes de la société, Ch. civ. Cass., 8 mai 1848, D. 1848, 1, 87.

(35) AUBRY et RAU, § 377, notes 7 *bis*, 7 *ter*, 8, 9, 10, 10 *bis*, 10 *ter* et 10 *quater*. Trib. com. Seine, 13 avril 1885 (société anonyme de Tréport-Terrasse), sous Req., 14 juin 1887 rapporté *supra*, note 18. *Adde* : Ch. civ., 11 juillet 1894, S. 1894, 1, 452 et Req. rej., 20 décembre 1893, S. 1894, 1, 484. A. WAHL, *Traité*, n^{os} 621 et suiv. — Comp. Req. rej., 16 novembre 1858 (société civile), D. 1859, 1, 39 (privation de toute part dans les bénéfices à titre de clause pénale).

(36) Dans les faits, la distinction, malgré la simplicité du criterium,

ciété en commandite simple. Primus, le commanditaire, s'engage à verser à la société une certaine somme à titre d'avance ; en échange, il aura droit à une part dans les bénéfices. Sommes-nous en présence d'une société en commandite véritable, ou d'un simple prêt ? Cela dépend. Si Primus n'est pas tenu, aux termes du contrat, de participer aux pertes de la société (37), il n'est qu'un créancier ; il a la qualité de prêteur mais non celle d'associé. En cas de faillite de l'emprunteur, Secundus, Primus, le prêteur, pourra produire lors de la répartition des deniers provenant de la vente des biens du failli et se faire attribuer une quote-part proportionnelle au montant de sa créance (38). Au contraire, en même temps qu'il stipulait à son profit une part dans les bénéfices, Primus s'est-il engagé à supporter une part correspondante dans les pertes éventuelles de la société ? Nous ne sommes plus alors en présence d'un prêt ; il s'agit bien d'une société en

est parfois extrêmement difficile à établir. V. not. une société en nom collectif (entre notaires) déguisée sous les apparences d'un prêt, Req. rej., 3 mars 1903, S. 1904, 1, 344.

(37) Ou s'il est prouvé que telle était son intention de ne pas participer aux pertes, Cass., 20 décembre 1893, précité.

(38) Il faut ajouter que, en règle générale, la rémunération du prêteur est fixe alors au contraire que celle du commanditaire est variable (V. not. Ch. civ. rej., 20 juillet 1908, D. 1909, 1, 93 ; *adde* : Req. rej., 20 décembre 1893, précité). Mais ce criterium n'est pas définitif. En effet, il pourrait arriver qu'un prêteur (un obligataire) n'ait droit en définitive qu'à un intérêt variable ; à la suite d'un concordat, par exemple, les obligataires n'auront droit qu'à un intérêt calculé d'après les résultats de l'exercice. Inversement, le commanditaire (ou l'actionnaire) pourrait être soumis au régime du revenu fixe, grâce à la clause dite d'intérêt fixe, par exemple (Cf. WAHL, nos 935 à 937). On notera que la distinction du prêt et de la société présente également un intérêt au point de vue fiscal. Cf. article 38 de la loi du 11 juillet 1917, Ch. civ., 7 mars 1928, D. heb., 1928, p. 271.

commandite ; tous les éléments constitutifs du contrat de société sont réunis, à savoir : 1^o la constitution d'un fonds commun ; 2^o l'engagement des parties de participer aux bénéfices et de contribuer aux pertes (39). Si donc la société fait de mauvaises affaires, Primus, qui est un commanditaire et par conséquent non plus seulement un créancier mais un associé, verra disparaître les apports qu'il a effectués et ne disposera d'aucun recours pour les récupérer.

Société commerciale et louage de services

C'est encore le criterium tiré de l'obligation de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes qui va nous fournir la distinction entre le contrat de société commerciale généralement quelconque et le contrat de louage de services (40). A l'image de celui qui prête ses capitaux, celui qui fournit son travail à la société et qui reçoit en échange un salaire déterminé n'est pas un associé ; c'est un simple locateur de services (41). Mais *quid* si ce salaire consistait précisément en une quote-part des

(39) Dans les faits, c'est la contribution aux pertes qui distingue le plus souvent la commandite du prêt à intérêt. Orléans, 18 juin 1838, Cass., 20 avril 1842, S. 1842, 1, 728 ; Grenoble, 29 janvier 1870, S. 1870, 2, 217, D. 1871, 2, 76 ; Ch. civ. rej. sur le premier moyen du pourvoi, 16 juin 1863, S. 1863, 1, 334, D. 1863, 1, 295. Mais *quid* du cas où le prétendu associé aurait fait un apport *en jouissance* de son capital, dans l'intention de limiter par là même les risques de pertes aux revenus de son argent ? V. sur ce point Req. rej., 20 décembre 1893, précité. — Comp. Lyon, 1^{er} février 1901, rapporté *infra*, texte et note 51. *Adde* : Req., 2 mars 1926, D. *heïd.*, 1926, p. 177.

(40) Cf. *infra*, chap. I, notes 56 et 73 *in fine*.

(41) Sur la distinction entre le contrat de louage de services et le contrat de société, v. LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 76 ; THALLER et PIC, n^{os} 76 et suiv. ; RODOLPHE-ROUSSEAU, n^{os} 22 à 26.

bénéfices sociaux ? En règle générale, pour reconnaître dans le locateur de services un associé véritable, la jurisprudence exige les mêmes conditions qu'à l'égard du prêteur ; il faut, par conséquent, non seulement que le locateur de services (ou le prêteur) participe aux bénéfices, mais encore qu'il contribue aux pertes de la société (42).

Rennes, 17 juin 1870 et Req. rej., 17 avril 1872

Mais voici qui devient fort embarrassant (Rennes, 17 juin 1870, sous Req. rej., 17 avril 1872, D. 1873, 1, 311). Un entrepreneur de travaux publics engage à son service un commis qui, par le concours intelligent et dévoué qu'il apporte à son patron, réussit à faire prospérer l'entreprise dans des proportions tout à fait inattendues. A titre de reconnaissance, l'entrepreneur propose à son commis de l'associer à son affaire et l'arrangement suivant est aussitôt conclu : outre son traitement fixe annuel, l'intéressé aura droit à une quote-part des bénéfices de l'entreprise, mais il s'engage en même temps à contribuer aux pertes dans une mesure correspondante. Sans doute, ainsi qu'en fait foi la lettre échangée entre les parties, le nouvel associé n'aura à effectuer aucune avance de capitaux, mais il est entendu qu'il consacrera, comme par le passé, tous ses soins à l'entreprise. Il y a donc un apport. Précisons : c'est un apport en industrie, c'est-à-dire l'engagement pris par l'apporteur d'utiliser ses connaissances techniques à la poursuite du but commun. En outre, si l'apporteur doit participer aux béné-

(42) V. not. Ch. civ. rej., 17 avril 1893, D. 1893, 1, 288.

fices, il s'engage, par contre, à contribuer aux pertes dans une proportion déterminée ; les deux éléments fondamentaux constitutifs du contrat de société (art. 1832 et suiv. C. civ.) sont réunis ; par conséquent, nous sommes bien en présence d'une société véritable. D'ailleurs, si un doute subsistait encore à cet égard, il suffirait de nous reporter aux termes mêmes employés par les parties dans leur accord : on y parle de « société nouvelle », chacun s'attribue la qualité d'associé, etc... L'intention des parties, au moment de la signature de l'acte tout au moins, s'est clairement manifestée : c'est une association en participation qu'elles ont voulu faire. Or, la Cour de Rennes appelée à se prononcer sur le caractère véritable du contrat en question, tout en reconnaissant la présence effective dans l'espèce des deux éléments constitutifs du contrat de société, n'a voulu néanmoins y voir qu'une variété de louage de services. Et la Chambre des requêtes a estimé qu'elle n'avait point à intervenir, les juges du fond ayant souverainement interprété la convention qui leur était soumise.

Voilà qui appelle plusieurs observations et tout d'abord celle-ci.

Première observation

Si la Cour de Rennes, sans contester la réalité de l'apport ni l'existence de la double obligation de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes, n'a pas cru cependant devoir sanctionner la qualification que les parties avaient elles-mêmes donnée à leur contrat, c'est sans doute que, en dehors et en plus des

deux éléments constitutifs de la société tels que nous les présente le législateur de 1904 (art. 1832 et suiv. C. civ.), il existe un troisième élément — à déterminer — en l'absence duquel aucun contrat de société ne peut naître.

Deuxième observation

Et maintenant, — deuxième observation, — sans qu'il soit besoin de définir ce troisième élément, la solution de la Cour de Rennes nous conduit logiquement à penser qu'il s'agit non d'un simple élément de fait, non d'un élément purement intentionnel, mais bien d'un élément de caractère juridique, d'un *élément de droit* proprement dit, tout aussi indispensable d'ailleurs que les deux premiers à la constitution et à la perfection de tout contrat de société généralement quelconque.

Troisième observation

Mais, s'il en est ainsi, comment la Cour de cassation a-t-elle pu s'en remettre sur ce point à l'appréciation souveraine des juges du fond (43) ?

Il y a là un point à éclaircir. Nous y reviendrons plus loin en étudiant le problème de la qualification (44).

Pour l'instant, il nous faut préciser la nature de cet élément nouveau qui ressort de la jurisprudence et qui paraît bien étranger aux dispositions du Code civil (45).

(43) Comp. Ch. civ., 11 mars 1907, S. 1907, 1, 485.

(44) V. *infra*, texte et notes 68 et suiv.

(45) WAHL, *Précis*, n° 469. — Comp. AUBRY et RAU, § 377, note 4.

Comment la Cour de Rennes a-t-elle raisonné ?

Pour écarter la qualification que les parties avaient elles-mêmes appliquée à leur contrat, la Cour de Rennes a tenu le raisonnement suivant : sans doute, je reconnais que votre intention était bien, au moment de la signature de l'acte, de constituer une association en participation. La correspondance que vous avez échangée ne laisse subsister aucun doute à cet égard. Au surplus, vous avez réuni les éléments constitutifs du contrat de société : en effet, chacun a effectué un apport ; chacun s'est engagé à participer aux bénéfices et à contribuer aux pertes. Et pourtant, je ne puis pas aujourd'hui vous considérer comme des associés proprement dits. Pourquoi ? Parce que, pendant le temps qu'a duré l'exécution de votre convention, votre attitude respective n'a pas été celle d'associés véritables. Cette intention que vous aviez manifestée en donnant chacun votre consentement, par la suite vous ne l'avez point réalisée. L'état de subordination accepté en fait par l'un d'entre vous est incompatible avec le principe de l'égalité qui régit les rapports des associés entre eux. Il ne suffisait pas de déclarer, au moment où vous vous êtes engagés, que vous entendiez constituer tel ou tel contrat de société ; encore fallait-il que votre attitude ultérieure vînt confirmer vos déclarations premières. Il ne suffit pas de se proclamer associé ; il faut se comporter comme tel.

L' « *affectio societatis* »

Ce qui revient à dire que, pour la perfection de tout contrat de société généralement quelconque, constituer un fonds commun, courir des chances de gain ou de pertes, tout cela est indispensable, certes, mais insuffisant ; il faut encore et en outre, tant que dure l'exécution du contrat, manifester *la volonté de collaborer d'une façon effective et sur le pied d'une certaine égalité*. Telle serait, dépouillée de toute littérature et dans sa forme à peu près complète (46), la traduction moderne de l'ancienne *affectio societatis* romaine (47).

(46) Certains auteurs précisent et ajoutent qu'il doit s'agir d'une volonté de collaboration *active* (THALLER, *Précis*, n° 239 ; PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, *Ann. dr. comm.*, 1906, p. 153 et suiv.) (Cf. *infra*, jurisprudence rapportée à la note 50 et chap. III). Ils distinguent par là la société qui est un *état voulu*, de l'indivision qui n'est qu'un *état subi*. (Sur la distinction entre la société [civile] et l'indivision, v. not. Toulouse, 7 mars 1904, D. 1904, 2, 333). Cette doctrine qui a le double mérite d'avoir été acceptée et développée par des jurisconsultes éminents et d'expliquer beaucoup de décisions de jurisprudence, ne nous paraît pas néanmoins exempte de toute critique. Tout d'abord, l'indivision n'est pas toujours un état passif résultant d'une sorte de quasi-contrat (Cf. GOUBEAUX, *Les clauses d'indivision forcée et perpétuelle*, thèse Nancy, 1920 et LEBRET, *De l'indivision*, thèse Caen, 1922). En outre, que cache au juste cette expression générale et vague de « collaboration active » ? Nous verrons que cette activité a des limites et que son absence ou son ralentissement ne sont pas exclusifs de la notion de société dans tous les cas. C'est ainsi, par exemple, qu'en période de liquidation, l'activité de la société est nécessairement restreinte aux besoins de cette liquidation, et pourtant, il est de jurisprudence établie que la société continue d'exister notamment dans un de ses effets fondamentaux (autonomie et indépendance du patrimoine social) V. *infra*, chap. I (situation du liquidateur) et chap. III.

(47) ULPYEN, Frag. 44 Dig. *Pro socio*, XVII, 2.

Consentement et contrat de société

Certains auteurs ont pu se demander, non sans raison à notre avis, s'il était bien utile de dégager du contrat de société cet élément intentionnel, et si ce n'était pas cacher sous une formule compliquée un axiome des plus simples, à savoir que, pour qu'il y ait contrat de société, il faut que les parties aient consenti. Or, le consentement n'est-il pas une condition commune à tous les contrats ?

Au fond, réserve faite de ce que nous dirons plus loin du problème de la qualification, nous serions volontiers disposés, pour notre part, à ramener en effet ces difficultés à la notion du consentement. Mais il faut ajouter immédiatement que cette notion ne comporte peut-être pas dans le contrat de société tout à fait la même analyse que dans tout contrat généralement quelconque. Pourquoi ? Parce que le contrat de société suppose généralement une série de prestations qui s'échelonnent dans le temps (48). Ce n'est pas un contrat instantané comme l'est ordinairement la vente, ou le prêt, par exemple. C'est, le plus souvent, un contrat de caractère successif qui a pour objet (49) tout un ensemble d'opérations

(48) V. réserve pour l'association en participation qui ne serait conclue, en principe, qu'en vue d'une opération déterminée. Sur la différence, à cet égard, avec la société en nom collectif, Bordeaux, 6 février 1849, D. 1851, 2, 229 et Nancy, 25 avril 1853, D. 1855, 2, 349.

(49) La définition de l'objet en matière de société apporte une modification très appréciable à la définition courante du droit commun. On sait que, dans un contrat ordinaire, l'objet est la prestation que la partie s'oblige à fournir ; dans le contrat de vente, par exemple, c'est la chose vendue. Il y a naturellement un objet analogue dans le contrat de société. C'est ainsi qu'on peut dire que l'objet de l'engagement de chaque associé est la chose qu'il a promis d'apporter à la société (art. 1126, 1833 et 1834

déterminées, et ces opérations ne sont que la résultante de contrats subsidiaires (vente, louage, mandat, etc.) en l'absence desquels le contrat de société qu'ils présupposent, n'aurait plus aucune raison d'être. Voilà une première source de difficultés. En voici une seconde. Il existe, dans notre droit, en dehors du contrat de société, d'autres contrats qui présentent, eux aussi, ce même caractère de contrat successif. Tel est, par exemple, le contrat de louage de services (50). Et ces contrats supportent parfaitement l'adjonction de clauses diverses qui en modifient la portée ou les conséquences de façon plus ou moins profonde. Agrémentez le louage de services d'une clause de participation aux bénéfices (51) et aux pertes du locataire, et vous vous rapprochez singulièrement du contrat de société. En pareil cas et en fait, il devient extrêmement délicat, pour ne pas dire impossible, de discerner, en s'en tenant au seul examen de la conven-

C. civ.). Tel n'est pas cependant le sens usuel du terme *objet* en matière de société. Il faut entendre en effet par objet de la société le *but social* poursuivi par l'entreprise, c'est-à-dire l'ensemble des opérations en vue desquelles la société a été constituée. V. en ce sens toute la jurisprudence sur les sociétés à objet illicite. HÉMARD, *op. cit.*, n° 36 et suiv. Il n'est pas jusqu'à la notion de *cause* qui comporterait certaines modifications en matière de société, réserve faite du point de savoir si cette prétendue cause ne se confondrait pas justement avec l'objet au sens où nous venons de le définir. — Comp. PIC, n° 439 et note au D. 1897, 2, 305.

(50) V. not. Caen, 24 juin 1912, D. 1914, 2, 161, note PALMADE. — Comp. pour le louage d'ouvrage se présentant sous la forme dite du « travail aux pièces », Ch. civ., 14 décembre 1927, D. heb., 1928, p. 51.

(51) Sur l'adjonction à certains contrats d'une clause de participation aux bénéfices, v. ARTHUYS, n° 89 ; THALLER et PIC, I, n° 75. Cf. RIPERT, *Prêt avec participation aux bénéfices et société en participation*, dans les *Ann. dr. comm., loc. cit., supra* note 8. *Adde* : note THALLER, sous Req. rej., 3 mars 1903 (société en nom collectif), D. 1904, 1, 257 et Req. rej. 28 avril 1903 (association en participation), D. 1903, 1, 272.

tion initiale, les traits caractéristiques qui permettront de conclure soit à des rapports de locateur à locataire de services, soit, au contraire, à des rapports de coassocié à coassocié. C'est alors qu'apparaît en pleine lumière l'utilité du criterium intentionnel. Il ne suffit pas, dit-on, que l'intention d'établir une société soit vérifiée au moment même de la conclusion du contrat ; il faut encore que cette intention ait été maintenue et se soit réalisée dans les faits pendant tout le cours de l'exécution. Au juge du fait, par conséquent, d'interpréter l'attitude observée par les parties pendant l'exécution de leur convention. Ce sera, dans les cas difficiles et douteux, l'élément déterminant de sa décision (51 bis).

Lyon, 1^{er} février 1901

C'est bien par une application peut-être exagérée de la même idée que, dans l'hypothèse inverse de la précédente (Rennes, 17 juin 1870, précité), la Cour de Lyon (1^{er} février 1901, *Rev. Soc.*, 1902, p. 16) faisant prévaloir, semble-t-il, la situation de fait des parties sur les caractères propres et intrinsèques de leur convention, a pu

(51 bis) Comp. Req. rej., 23 novembre 1925, S. 1928, 1, 93 et Req. rej., 26 décembre 1927, *D. hebd.*, 1928, p. 49. La société implique, pour être reconnue, un certain *modus vivendi* observé en fait par les coassociés. Paris, 18 novembre 1926 (Schneider et C^{ie}), *D. hebd.*, 1927, p. 9. — Comp. avec la situation du commanditaire qui s'est immiscé dans la gestion de la société (*infra*, chap. I) ou celle du mari qui s'est immiscé dans le commerce de sa femme et qui, de ce fait, peut être déclaré en faillite. Paris, 12 août 1873, *Journ. Tr. comun.*, 1874, p. 163 ; Req. rej., 17 janvier 1881, S. 1881, 1, 405 ; Req. rej., 21 octobre 1901, S. 1901, 1, 520. L'état de concubinage n'entraîne pas nécessairement une société de fait entre les concubins, à moins qu'ils ne se soient comportés comme des associés, Bordeaux, 9 novembre 1927, *D. hebd.*, 1928, p. 109.

analyser en une société proprement dite, un contrat qui n'impliquait à l'égard d'un prétendu coassocié qu'une contribution dérisoire aux pertes communes (52).

Eléments nouveaux. La personnalité civile

Par conséquent, à nous en tenir aux seuls éléments de la définition classique, la société est avant tout un *contrat* (53). C'est un contrat qui suppose la réunion de certaines conditions déterminées. Ces conditions, nous avons essayé de les dégager dans les explications qui précèdent. Nous n'avons plus à y revenir. Et pourtant, nous n'avons pas encore défini la société de commerce par opposition à la société civile. Nous y arrivons avec l'étude d'un élément nouveau, étranger, au moins à première vue, à la société civile telle qu'elle a été réglementée par le Code civil : nous avons nommé le principe de la personnalité civile.

Sociétés civiles et sociétés commerciales

Pendant longtemps en effet la jurisprudence reconnu dans les sociétés particulières (art. 1841 C. civ.) deux ca-

(52) Il s'agissait d'un louage de services affecté d'une clause de participation aux bénéfices et qui ne comportait en outre d'autre contribution aux pertes que l'absence de rémunération du locateur de services en cas d'exercice déficitaire. — Comp. *supra*, note 39.

(53) C'est un contrat à titre onéreux qui doit être distingué, par conséquent, de la donation (V. not. Ch. civ., 5 janvier 1886, S. 1886, 1, 241, note LABBÉ, D. 1886, 1, 122). C'est un contrat synallagmatique. La condition résolutoire y est sous-entendue (art. 1184 C. civ.) (V. not. Req. rej., 8 novembre 1830, D. 1830, 1, 391) (Cf. Douai, 12 février 1848, S. 1849, 2, 670 et D. 1850, 2, 8). C'est enfin un contrat qui présente peut-être un certain caractère d'indivisibilité. Sur ce dernier point, v. nos développements, *infra*, chap. II. — Comp. idée d'indivisibilité de la personne et du patrimoine, AUBRY et RAU, § 574.

tégories différentes : d'une part, les sociétés de caractère civil qui ne constituaient jamais des personnes distinctes des associés eux-mêmes (54), et les sociétés de caractère commercial, d'autre part, qui toutes étaient revêtues de la personnalité morale (55). La distinction théorique était extrêmement simple. Pour savoir si l'on était en présence d'une société appartenant à l'une ou à l'autre catégorie, il suffisait de rechercher quel était le but poursuivi. La société avait-elle pour objet des opérations civiles ? C'était une société civile, sans personnalité. La société avait-elle pour objet des opérations commerciales ? C'était une société commerciale, traduisez : une personne morale. En un mot, les sociétés tiraient leur caractère du but qu'elles se proposaient.

En est-il toujours ainsi ? Oui, mais sous une double réserve.

(54) V. not. AUBRY et RAU, § 377, notes 16 et 17 *bis*. Il est incontestable que le Code civil n'oppose la société ni aux associés, ni aux tiers ; pour le législateur de 1804, la société n'est qu'un contrat, générateur de droits et d'obligations (*Supra*, texte et note précédente). La notion de société-personne a été empruntée au droit public de l'ancien régime. C'est une notion étrangère à notre droit privé (Cf. note MEYNIAL, sous Req., 23 février 1891 et 2 mars 1892, rapp. au texte). Elle a été d'abord appliquée aux sociétés commerciales proprement dites par le législateur de 1807, puis étendue aux sociétés minières (sociétés civiles) par la loi de 1810 (V. Ch. crim., 6 août 1829, D. 1829, 1, 323).

(55) Arg. art. 529 C. civ. Sur la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales dans notre ancienne jurisprudence, v. not. Ch. civ. rej., 20 avril 1842 aux termes duquel la société civile, même publiée conformément à l'article 42 C. com., conserve son caractère civil (D. 1842, 1, 226). *Addé* : Bastia, 4 avril 1843 ; Bourges, 10 mai 1843, D. 1844, 2, 35 ; Lyon, 22 novembre 1850, D. 1851, 2, 239. L'association en participation ne constitue jamais une personne morale, Ch. civ. cass., 5 mai 1858, D. 1858, 1, 222.

Jurisprudence

Tout d'abord, deux arrêts célèbres de la Cour suprême des 23 février 1891 et 2 mars 1892 (S. 1892, 1, 73 et S. 1892, 1, 497) ont rejeté la solution traditionnelle en reconnaissant aux sociétés civiles la personnalité morale. Cette jurisprudence a été bientôt confirmée par une nouvelle décision (Cass., 22 février 1898, D. 1899, 1, 593) qui déclare que la société civile, non sujette à la publication imposée aux sociétés commerciales par les articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, prend néanmoins par le seul effet de la convention des parties le caractère d'une personne civile, capable d'acquérir et de posséder en propre un patrimoine distinct des biens de chacun des associés (56). Cette jurisprudence, peu conforme aux textes de la loi civile (57), a été vivement critiquée par les auteurs (58), bien qu'une fraction de la doctrine ait paru s'y rallier assez volontiers (59).

(56) On peut relever dans la jurisprudence antérieure à cette époque des tentatives assez curieuses en faveur de l'extension de la personnalité morale à toute société généralement quelconque. V. not. Req. rej., 8 novembre 1836, D. 1836, 1, 412, et Ch. civ., 6 décembre 1843, D. 1844, 1, 111. Il est piquant de noter que la première décision en date, qui paraît être un arrêt de la Cour de Paris (9 août 1831, S. 1831, 2, 259) concerne une association en participation, c'est-à-dire un groupement qui, par définition même, n'a aucune existence à l'égard des tiers et n'est soumis à aucune formalité de publicité. — Comp. HAYEM, *Etudes sur les sociétés civiles*, n° 282. Cass., 3 février 1863 (matière fiscale), D. 1868, 1, 225 ; Orléans, 26 août 1869, D. 1869, 2, 185.

(57) Bien qu'elle ait tenté de s'appuyer sur eux. Req., 23 février 1891 et 2 mars 1892, préc. V. RIBADEAU-DUMAS, *Sociétés civiles*, II, I, I.

(58) V. not. LYON-CAEN et RENAULT, II, 127 ; notes MEYNIAL préc. Dans le même sens : AUBRY et RAU, *loc. cit.* ; HAYEM, *loc. cit.*

(59) THALLER et PERCEROU, n° 298 ; note THALLER sous Cass., 29 octobre 1894, D. 1896, 1, 145 ; note PLANIOL sous Cass., 26 mai 1894, D. 1895, 1, 217.

Il faut reconnaître qu'aujourd'hui la question a perdu la majeure partie de son intérêt puisque, par application de la loi du 1^{er} août 1893, les sociétés civiles peuvent emprunter la forme des sociétés commerciales par actions et bénéficier par là même de tous les avantages attachés à la personnalité (60). Avant la loi de 1893, la société qui se proposait de faire des opérations civiles et qui avait revêtu l'une des trois formes de la société commerciale (société en nom collectif, société en commandite, société anonyme), restait néanmoins par son objet une société civile (61). La loi de 1893, votée, comme on sait, à la suite des incidents de Panama, étendit aux sociétés qui emprunteraient à l'avenir l'une quelconque des formes de la société commerciale, toutes les garanties du droit commercial, en les considérant comme des sociétés commerciales. C'est l'introduction, dans notre matière des sociétés, de la commercialité *par la forme* dont nous avons déjà parlé (62). En résumé, le problème de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales, s'est partagé en deux depuis 1893. S'agit-il des sociétés constituées avant le 1^{er} août 1893 ? C'est le régime ancien qui s'applique. Tout dépend des opérations de fond auxquelles se livre la société (63). S'agit-il des sociétés constituées

(60) Sur les principales difficultés soulevées par l'application de la loi du 1^{er} août 1893, v. AUBRY et RAU, § 379, les notes 8. *Adde* : Cass. civ., 16 novembre 1910, D. 1911, 1, 321, note PERGEROU ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n^{os} 1077 à 1090.

(61) V. not. Req. rej., 28 janvier 1884, S. 1886, 1, 465.

(62) *Supra*, Introduction, texte et note 8 *bis*.

(63) La loi de 1893 n'a pas d'effet rétroactif, mais elle a offert aux sociétés civiles qui s'étaient constituées antérieurement au 1^{er} août 1893 la faculté de se transformer en sociétés de commerce, en se confor-

depuis le 1^{er} août 1893 ? La question change d'aspect. C'est le régime nouveau qui s'applique. On tient compte uniquement de la forme commerciale (64).

Sur le principe même de la personnalité civile, il existe une littérature très abondante (65). Les intérêts pratiques de l'idée de personnalité morale sont incontestables. On peut citer notamment le droit pour les créanciers sociaux de passer sur les biens de la société avant les créanciers personnels des associés ; on peut citer encore le caractère mobilier du droit de chacun des associés lors même que la société serait propriétaire d'immeubles, etc... L'absence de personnalité entraîne des conséquences qu'il serait facile d'énumérer : 1^o l'absence de raison sociale, de sorte que l'associé administrateur doit préciser qu'il agit au nom de ses coassociés ; 2^o les coassociés sont obligés indéfiniment, au delà de leur mise, et non pas solidairement mais conjointement ; 3^o le créancier social qui a pour débiteur les associés eux-mêmes et non le patrimoine social, devra nécessairement diviser sa poursuite ; 4^o les créanciers sociaux viennent au même rang que les créanciers personnels, etc... Tous inconvénients que la notion de personnalité permet d'éviter. Il n'est pas besoin d'étudier longuement la jurisprudence pour se convaincre que la notion de personnalité morale, quand elle est modérément appliquée, conduit à des résultats éminemment

mant à la loi de 1867. V. not. Ch. civ. (société anonyme), 26 novembre 1894, S. 1895, 1, 133.

(64) V. not. Req. rej., 17 juin 1907, S. 1909, 1, 374 et Ch. civ. rej., 26 juin 1900, S. 1900, 1, 329.

(65) V. la bibliographie très complète dressée par PLANIOL, *Traité*, I, n^o 3015.

souhaitables. Mais comment rendre compte de ces diverses solutions pratiques ?

Doctrines

C'est ici que les doctrines se sont partagées. On sait qu'en face de la théorie dite de la fiction, théorie classique qui reste d'ailleurs, comme nous le verrons, pleinement satisfaisante à la condition de ne pas être poussée dans ses extrêmes limites, on a construit une théorie nouvelle, d'origine allemande, — celle de la réalité, — qui présente la personnalité civile comme une existence concrète, un être de raison, doué d'une volonté propre, distincte de celle des membres qui le composent. D'autres théories, elles aussi d'origine germanique, ont été également proposées, comme la théorie du patrimoine d'affectation, plus souvent usitée en matière de fondations, ou la théorie dite de la propriété en mains communes (*gesammte hand*). Nous aurons l'occasion, chemin faisant, de revenir sur ces différentes explications et de nous prononcer sur la valeur respective de ces doctrines. Nous n'avons donc pas à y insister à cette place. Le débat déborderait d'ailleurs du cadre que nous nous sommes imposé. Il paraîtrait nécessairement incomplet et, pour le moins inopportun (66).

(66) Nous signalerons seulement, dès à présent, que la notion de personnalité civile est poussée aujourd'hui extrêmement loin, non seulement par les auteurs, mais aussi par certaines décisions de jurisprudence. V. à titre d'exemple, l'application à une société anonyme de sanctions de caractère pénal (amendes pour contraventions de grande voirie), Conseil d'Etat, 21 janvier 1925, S. 1926, 3, 54. Sur une conséquence de la personnalité en matière de droit international, v. Req., 21 juin 1926, *D. hebdomadaire*, 1926, p. 454.

Intervention de la volonté des contractants

Nous arrivons à un dernier point, signalé précédemment. La société de commerce est un contrat, défini par la loi. La société de commerce est aussi une personne civile. En tant que contrat et en tant que personne fictive, la société commerciale relève, — nous l'avons vu, — à la fois de la loi civile et de la loi commerciale. Maintenant que nous avons dégagé les quelques notions générales que l'on sait, nous allons essayer d'entrevoir quel est le domaine laissé au libre exercice de la volonté des parties.

Loi du 22 novembre 1913. Caractère impératif de ses dispositions

Dans cet ordre d'idées, il faut faire une place à part à un texte qui a soulevé de grosses difficultés dans la matière des sociétés par actions : nous voulons parler de la loi du 22 novembre 1913 qui décide que, sauf en ce qui concerne la nationalité de la société et l'aggravation des engagements des actionnaires, toute modification peut être apportée aux statuts par l'assemblée générale des actionnaires. La loi de 1913 renferme un grand nombre de dispositions capitales : c'est elle qui détermine le quorum et la majorité dans les assemblées ordinaires ; elle attribue de très larges pouvoirs à ces assemblées, etc... Toutes ces règles nouvelles s'imposent-elles aux sociétés dans des conditions telles que les statuts eux-mêmes ne sauraient y déroger ? Telle est la question du caractère impératif ou interprétatif de la loi de 1913, sur laquelle on a beaucoup discuté. Il semble qu'on s'accorde aujourd'hui pour répondre que les dispositions de la loi du 22 novembre

1913 sont, pour la plupart, des dispositions impératives (67).

La qualification

C'est au problème de la qualification, déjà amorcé (68), que nous devons revenir ici. Quelle est, au regard de la loi, la valeur de la qualification que les parties ont pu donner à leurs conventions ?

On sait qu'en règle générale les effets des contrats sont indépendants de la qualification employée par les parties (69) ; il appartient au juge du fait, en s'entourant de tous les éléments nécessaires, de restituer aux conventions leur véritable physionomie (70). En matière de société, la question présente d'autant plus d'importance que — nous l'avons vu — le contrat de société confine par ses caractères propres à un grand nombre d'autres contrats voisins ou similaires. Au surplus, la loi elle-même, n'ayant peut-être pas déterminé de façon complète et suffisamment claire les traits constitutifs de la société proprement dite, *a fortiori* il serait vain et dangereux de s'en remettre sur ce point à la seule appréciation des parties. Enfin, dans certaines circonstances, la qualification peut cacher une intention frauduleuse, celle de déguiser une libéralité sous les apparences d'une société civile, par exemple (71). De tout quoi il résulte que, en matière de société moins encore qu'en toute

(67) AUBRY et RAU, § 379, notes 8.

(68) *Supra*, texte et note 44.

(69) Comp. en matière de donations à cause de mort, AUBRY et RAU, § 744, note 27.

(70) V. not. sur le principe Req. rej., 12 mars 1901, S. 1901, 1, 408.

(71) V. à titre d'exemple Civ. rej., 25 juin 1839, D. 1839, 1, 250 et Req. rej., 31 juillet 1855, D. 1855, 1, 286.

autre matière, la qualification ne saurait être prise en considération pour fixer les effets des conventions sur lesquelles on raisonne. Une jurisprudence abondante est établie en ce sens (72).

On notera d'ailleurs que le même problème se présente à des degrés différents. Tantôt, il s'agit de définir le contrat de société proprement dit au regard de conventions qui revêtent les mêmes traits extérieurs quant à la forme, mais qui ne comportent en réalité quant au fond ni le même régime, ni les mêmes effets. Exemple : les parties qualifient improprement de société un acte de vente pure et simple (73). Tantôt le juge doit faire le départ, dans la classe des contrats de société proprement dits, entre la société civile et la société commerciale (74) ou entre l'une quelconque des formes de la société commerciale et une autre forme, pour opposer, par exemple, la société en nom collectif à la société en commandite, ou à la simple association en participation (75). Tantôt enfin la qualification erronée porte, non plus sur le contrat lui-même, mais sur ses dépendances. Ainsi, les parties attribuent à tort la qualité de gérant à un simple mandataire (76).

(72) V. not. Req., 9 juin 1841, D. 1841, 1, 260 ; Cass., 8 janvier 1872, S. 1872, 1, 36, D. 1872, 1, 194 ; Grenoble, 18 mai 1887, D. 1888, 2, 305 ; Bordeaux, 20 janvier 1902, *Rev. Soc.*, 1903, p. 395 ; Paris, 28 mars 1903, *Rev. Soc.*, 1903, p. 421 ; Cass., 3 mars 1903, S. 1903, 1, 344 et D. 1904, 1, 257, note THALLER ; Cass., 28 avril 1903, S. 1903, 1, 472.

(73) Req. rej., 12 décembre 1842, D. 1843, 1, 24. — Comp. *supra*, texte et notes 21, 36 et suiv.

(74) V. not. Paris, 6 décembre 1852, D. 1853, 2, 84.

(75) V. not. Req. rej., 11 mai 1857, D. 1857, 1, 303.

(76) Comp. Paris, 26 juin 1841, D. 1842, 2, 50 et Orléans, 1^{er} juin 1852, D. 1853, 5, v^o *Société*, col. 427, et la note.

De toute cette jurisprudence relative à la qualification, on a parfois été tenté de conclure à un certain recul du principe de la liberté des conventions dans notre matière. C'est là, à notre avis, une grave méprise. En réalité, les parties sont et demeurent parfaitement libres de choisir telle forme de société de préférence à telle autre, mais sitôt leur choix exercé, elles doivent s'incliner devant les conséquences légales impératives attachées au genre de société qu'elles ont adopté. Exemple : les parties contractantes ont décidé de former une société coopérative à capital variable. Pour échapper aux règles posées par la loi du 24 juillet 1867 sur la variabilité du capital, les sociétaires maquillent la coopérative en société civile et insèrent à cet effet dans les statuts une référence aux articles 1832 et suiv. C. civ. La Chambre des requêtes (Req. rej., 23 novembre 1926, *D. heb.*, 1926, p. 561) a répondu qu'il ne dépendait pas des parties de transformer en société civile un groupement qui, d'après la loi, doit subir certaines conséquences obligatoires de la commercialité.

Il peut paraître intéressant de remarquer dès maintenant que, dans des hypothèses qui appartiennent uniquement au droit civil, on rencontre des raisonnements identiques. C'est ainsi que si les futurs époux ont la plus grande liberté dans le choix de leur régime matrimonial et dans la rédaction de leur contrat de mariage, ils doivent néanmoins se soumettre aux conséquences impératives attachées par la loi au régime qu'ils ont adopté. Il leur est défendu notamment de déroger aux droits du mari comme chef de l'association conjugale (art. 1388

C. civ.) (77). De même, les associés qui ont contracté une société en nom collectif sont tenus au respect de certaines règles légales dans la détermination conventionnelle des pouvoirs de leur gérant (78).

Méthode et plan

Les indications que nous avons ainsi fournies, d'abord dans notre *Introduction*, puis dans le présent chapitre, vont constituer les bases de notre plan d'étude.

Certes, il faut reconnaître que la seule méthode rationnelle et logique aurait consisté dans l'élaboration d'une théorie générale du contrat de société, et telle est bien l'idée première à laquelle nous nous étions arrêté. Nous aurions envisagé successivement :

A. La formation du contrat de société. Accord des volontés.

§ 1. — Règles relatives aux vices du consentement. Associés incapables de contracter. Mineur. Femme commerçante. Conséquences du vice du consentement sur la validité de la société. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux.

§ 2. — Règles relatives aux modalités du consentement. Engagements à terme ou sous condition.

§ 3. — Règles relatives à l'expression du consentement. Rapports de la preuve testimoniale et de la preuve

(77) Cf. *infra*, chap. I, texte et note 33.

(78) Ch. civ. cass., 3 décembre 1850, D. 1851, 1, 42. — Comp. *infra*, chap. 1, texte et note 32.

écrite. Preuve écrite en matière civile et en matière de sociétés commerciales.

§ 4. — Cause et objet. Sociétés illicites.

B. *Les effets généraux du contrat de société sur la formation des obligations qui en résultent.*

§ 1. — Effets généraux de la société dans les rapports des parties entre elles. Le problème de la solidarité en matière commerciale.

§ 2. — Effets du contrat de société vis-à-vis des *penitus extranei*. Article 1165 C. civ. Théorie de la stipulation pour autrui en matière commerciale.

§ 3. — Effets du contrat de société vis-à-vis des tiers. Articles 1321 et 1328 C. civ.

§ 4. — Règles relatives à la transmission des obligations créées par le contrat de société. Procédés de transmission de la loi commerciale. Article 1690 C. civ.

A la réflexion, il nous est apparu que, aux avantages de l'exposition méthodique, ce projet opposait un certain nombre d'inconvénients. Outre qu'il se fût difficilement accommodé du cadre nécessairement réduit d'une monographie, il laissait en quelque sorte dans la coulisse les deux traits caractéristiques et fondamentaux de la société commerciale, à savoir : l'idée de société-contrat et l'idée de société-personne. C'est à ces deux idées maîtresses que se réfère essentiellement le plan auquel nous avons donné notre adhésion définitive.

A la notion de société-contrat nous rattacherons, dans un premier chapitre, l'étude des règles relatives

au contrat de mandat et de leur application à la matière des sociétés commerciales. Dans un deuxième chapitre, partant toujours de la notion de société-contrat, nous comparerons le fonctionnement de l'article 1351 C. civ. et du principe de la relativité de la chose jugée dans la matière du mariage et dans la matière des sociétés, — plus particulièrement dans celle des sociétés commerciales. Nous verrons ce qu'on doit en conclure quant aux caractères intrinsèques du contrat de société, et notamment, quant à son indivisibilité.

A la notion de société-personne nous rattacherons, dans un troisième chapitre, l'étude des règles relatives à la liquidation et au partage des successions. Nous examinerons dans quelle mesure et pour quelles raisons ces règles sont susceptibles d'être transportées à la liquidation et au partage des sociétés commerciales. C'est le problème posé par le développement de l'article 1872 C. civ.

Enfin, ces deux notions, — celle de la société-contrat comme celle de la société-personne — ne sont pas sans influencer gravement, dans certaines circonstances déterminées, non seulement sur la situation des associés eux-mêmes, mais aussi sur celle des tiers. Cette double observation nous fournit le point de départ de deux nouveaux ordres de recherches. Dans un quatrième chapitre, nous nous efforcerons de préciser les principales difficultés que révèle la matière des sociétés entre époux. Dans un cinquième et dernier chapitre, nous aborderons le gros problème de la preuve. Quels sont au juste, par rapport aux règles de la loi civile, le sens

et la portée de l'exigence d'un acte écrit en matière de sociétés commerciales ? Nous verrons comment se greffe sur cette question celle, à première vue toute différente, de la *nationalité* des sociétés.

Nous aurons ainsi passé en revue, en nous tenant, en principe, aux seules sociétés commerciales, les branches les plus variées du droit civil : la matière des contrats, avec le contrat de mandat (chapitre I) ; celle des obligations avec les règles relatives à la preuve (chapitre V) ; celle des régimes matrimoniaux, avec les sociétés entre époux (chapitre IV) ; celles des successions, avec les règles relatives à la liquidation et au partage des sociétés (chapitre III), — et même celle du mariage, par l'intermédiaire de la règle de l'article 1351 C. civ. (chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

Point de vue commercial

La société commerciale est un contrat

Point de vue civil

**Des règles relatives au contrat de mandat
et de leur application
en matière de sociétés commerciales**

Quiconque jette un coup d'œil d'ensemble sur la législation des sociétés commerciales est aussitôt frappé par la fréquence, au milieu des règles les plus diverses, du rappel par la loi commerciale de la notion de mandat. Quiconque ouvre un recueil de jurisprudence ne tarde pas à s'apercevoir combien souvent, en cette matière, les tribunaux ont l'occasion de se référer, — expressément ou tacitement, — aux règles du contrat de mandat, ou à des règles qui ressemblent singulièrement à celles-là. Double remarque qui n'échappera pas à l'observateur le moins attentif. Double constatation dont nous allons essayer de déterminer, dans ce premier chapitre, à la fois la portée et les conséquences.

La notion de mandat civil

Mais une question préliminaire vient immédiatement à l'esprit. Si nous nous plaçons uniquement sur le terrain civil, si nous raisonnions seulement en civiliste,

peut-être éprouverions-nous quelque difficulté à établir une définition rigoureuse et précise du contrat de mandat, pour le séparer, par exemple, du louage d'ouvrage ou de tout autre contrat du même genre (1) ; peut-être encore ne dégagerions-nous pas sans peine un criterium satisfaisant qui nous permît de distinguer dans tous les cas le mandat général du mandat spécial ; sans doute enfin quelques explications seraient-elles nécessaires pour déterminer l'étendue exacte des obligations ou de la responsabilité du mandant ou du mandataire, etc... Il n'est pas douteux, néanmoins, que nous arriverions assez vite à poser quelques règles fondamentales ou à formuler certains principes solides et indiscutables. Nous aboutirions assez rapidement à des solutions fermes. Pourquoi ? Parce que, dans notre droit, la notion de mandat civil est une notion relativement claire. Le principe de la représentation mis à part, on peut dire que c'est le droit romain dans son dernier état qui, par l'intermédiaire du droit de notre ancienne France, a fourni la plupart des règles de notre mandat civil actuel (art. 1984 et suiv. C. civ.) (2).

La notion de mandat en matière commerciale

Emignons maintenant sur le terrain commercial. Tout change. Les obscurités apparaissent. La loi commerciale réglemente un contrat qui est incontestablement très

(1) V. AUBRY et RAU, § 410, notes 1 bis et 1 ter.

(2) Classé dans la catégorie dite des « petits contrats », en pratique, le mandat n'est pas abordé dans les programmes de licence. Son étude ne serait pas cependant inutile, notamment pour l'intelligence d'un grand

voisin du mandat : c'est la commission (art. 91 et suiv. C. com.) (3). Est-ce à dire qu'elle entend, pour le domaine qui lui est propre, consacrer ainsi, spécialement et expressément, une variété particulière de mandat, destinée aux commerçants et plus généralement aux matières commerciales, à l'exclusion de toute autre forme similaire ou analogue, à l'exclusion, par conséquent, du mandat civil ? Nullement. La loi commerciale elle-même, a renvoyé en termes exprès à la loi civile (article 94, alinéa 2 C. com.). Cette double réglementation parallèle et partiellement confondue des deux législations, annonce déjà des difficultés. Bien plus, nous allons voir que l'usage commercial (4) fait une discrimination parmi les règles civiles auxquelles se rapporte le renvoi global de l'article 94, alinéa 2 C. com. et rejette délibérément celles dont le commerce ne saurait s'accommoder. A cet égard, il semble bien qu'aucun principe de solution véritable ne puisse être dégagé. On parle de règles inconciliables avec les exigences du commerce, mais on ne précise guère ni de quelles règles il s'agit, ni quelles sont au juste ces exigences. C'est le vague et parfois l'arbitraire.

Sans insister longuement sur ce point, il est aisé de trouver des exemples qui nous montrerons combien

nombre de difficultés du droit commercial, et précisément pour déterminer la mesure dans laquelle le droit commercial déroge, dans tel cas donné, à la réglementation légale et de droit commun du mandat civil.

(3) V. sur la Commission, THALLER et PERCELOU, *Traité*, n° 1114 ; WAHL, *Traité*, n° 83 ; LYON-CAEN, t. III, n° 412.

(4) Nous essaierons de préciser la notion d'usage commercial lorsque nous étudierons la matière de la preuve. V. *infra*, chap. V.

la notion de mandat civil nous apparaît transformée en matière commerciale.

Définition et preuve

Les articles 1984 et 1985 C. civ., après avoir donné une définition du mandat civil, posent, en principe, que le mandat est un pouvoir écrit. C'est seulement à titre exceptionnel que la loi civile admet le mandat verbal (5); encore la preuve ne doit-elle être reçue, de tout mandat, en matière civile, que conformément aux dispositions des articles 1341 et suiv. C. civ. A cet égard, l'article 1985 C. civ. est formel (6).

En matière commerciale, au contraire, qu'il s'agisse du contrat de Commission proprement dit (7) ou du mandat ordinaire, la forme la plus souvent utilisée est celle du mandat verbal. En outre, par extension des dispositions de l'article 109 C. com. la preuve du mandat peut toujours s'induire de simples présomptions (8).

(5) On ne confondra pas le mandat verbal avec le mandat tacite (V. Req., 6 août 1873, S. 1875, 1, 71; Cass., 1^{er} juillet 1907, D. 1907, 1, 318. — AUBRY et RAU, § 411, note 2 *ter*).

(6) Cass., 4 novembre 1902, S. 1902, 1, 488.

(7) Les auteurs ne s'entendent ni sur la définition ni sur le domaine juridique de la commission. V. *supra*, les références, note 3. *Adde* : PLANIOL, t. II, n° 2231, note 1; Cass., 24 juillet 1852, D. 1852, 1, 254 et Cass., 30 avril 1853, D. 1853, 5, 140. — Comp. avec la convention de prête-nom. V. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Du prête-nom*, thèse Caen, 1898.

(8) V. Req., 14 mars 1860, D. 1860, 1, 258. — Comp. Req., 29 avril 1889, S. 1890, 1, 119.

Représentation

En matière civile, le mandataire représente le mandant et fait connaître sa qualité aux tiers (9). Il opère au nom et pour le compte du mandant. En matière commerciale, le mandataire n'indique presque jamais le nom de son commettant (V. article 94 C. com., loi du 23 mai 1863). C'est même là un des traits caractéristiques du contrat de commission (9 *bis*).

Mandat gratuit et mandat salarié

L'article 1986 C. civ. pose le principe de la gratuité du mandat civil, mais réserve la possibilité de conventions contraires (10). L'usage commercial (11) sanctionne un principe différent, en reconnaissant aux tribunaux un certain pouvoir de contrôle sur la rémunération du mandataire (12).

Mandat conçu en termes généraux et pouvoirs de disposition

En ce qui concerne maintenant l'étendue du mandat, il est hors de doute, en matière civile, que le mandat conçu en termes généraux ne confère au mandataire que le pouvoir d'accomplir des actes d'administra-

(9) Cass., 3 mai 1893, D. 1893, 1, 567.

(9 *bis*) V. *supra*, note 3 et not. LYON-CAEN, *loc. cit.*

(10) V. Civ., 23 novembre 1858, S. 1859, 1, 131 ; Civ., 29 janvier 1867, D. 1867, 1, 53, S. 1867, 1, 245. — Comp. loi du 27 décembre 1890, Cass., 18 juillet 1892, D. 1892, 1, 585, S. 1892, 1, 337.

(11) V. LYON-CAEN, t. II, n° 258.

(12) V. à propos du salaire de l'agent d'affaires, Req., 12 décembre 1911, S. 1912, 1, 374, D. 1913, 1, 129.

tion (13). En matière commerciale, et notamment dans le droit des sociétés, nous verrons plus loin qu'on rencontre des dispositions qui, à certains égards, présentent tous les caractères d'un mandat conçu en termes généraux et qui confèrent néanmoins au prétendu mandataire pleine capacité à l'effet d'accomplir des actes de disposition.

Responsabilité

S'agit-il de la responsabilité du mandataire ? Article 1992 : le mandataire est responsable des fautes qu'il peut commettre. Il est tenu de remplir sa mission en bon père de famille (14). Sans doute, sa responsabilité doit être appréciée moins rigoureusement, lorsque le mandat est gratuit, que s'il est salarié (article 1992, alinéa 2 C. civ.) ; mais, sous prétexte qu'il ne reçoit aucun salaire, le mandataire civil ne saurait, en aucun cas, s'exonérer de toute responsabilité (15). Il n'est pas rare, au contraire, que le mandataire commercial stipule qu'il ne répondra pas des fautes qu'il viendrait à commettre dans l'accomplissement de son mandat. A l'inverse, il pourrait prendre à sa charge les risques d'insolvabilité des tiers avec qui il doit traiter. Il est alors commissionnaire *ducroire*. Cette qualité peut même, dans certains cas, être présumée. On remarquera que cette

(13) V. not. Dijon, 21 juillet 1869, sous Cass., 25 novembre 1873, S. 1874, 1, 105. — Sur la distinction entre le mandat général et le mandat conçu en termes généraux de l'article 1988 C. civ., v. AUBRY et RAU, § 412, texte et note 2.

(14) AUBRY et RAU, § 413, note 1.

(15) AUBRY et RAU, § 413, note 2.

présomption est tout à fait étrangère au domaine de la loi civile (16).

Révocabilité

En principe, le mandat civil est révocable *ad nutum*, par la seule volonté du mandant (art. 2004 C. civ.) (17). Nous verrons plus loin que la loi ou l'usage, en matière de sociétés commerciales, à propos notamment des sociétés anonymes, consacre de notables exceptions à ce principe.

Solidarité

Entre comandants civils, la solidarité a lieu de plein droit (art. 2002 C. civ.). Entre comandataires, elle doit être stipulée; sinon, il n'y a pas de solidarité (art. 1995 et 1202 C. civ.) (18). La solidarité est toujours présumée en matière commerciale (19).

Substitution d'un tiers

Notons enfin que le mandataire civil est, en général, autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat (20).

(16) Le commissionnaire de transport est de plein droit commissionnaire ducreire (art. 97 C. com.). V. WAHL, *Traité*, nos 1284 et suiv. — En dehors de cette hypothèse de présomption légale et dans certains cas particuliers, le commissionnaire pourrait être réputé ducreire par présomption conventionnelle tacite. V. WAHL, *op. cit.*, n° 1351.

(17) La révocation *ad nutum* suppose que le mandat a été donné exclusivement dans l'intérêt du mandant. V. Cass., 11 février 1891, D. 1891, 1, 197, S. 1891, 1, 121. V. cependant Bordeaux, 27 avril 1885, D. 1886, 2, 263.

(18) Pour les exceptions, v. AUBRY et RAU, § 413, note 9.

(19) On remarquera que c'est le droit commercial et non le droit civil qui a ici consacré la solution traditionnelle. En droit romain, en effet, les comandataires étaient solidaires de plein droit (Dig. Loi 60, § 2, *Mandati*, XVII, 1). Telle était également la solution adoptée par POTHIER (*Traité du Mandat*, n° 53). V. *supra*, Introduction.

(20) AUBRY et RAU, § 413, note 14.

Cette faculté est prohibée formellement par un texte sur lequel nous aurons d'ailleurs à revenir, l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 (21).

Le rapide aperçu que nous avons ainsi tracé des principales différences de fond qui séparent le mandat civil proprement dit de la notion de mandat telle qu'elle est comprise et appliquée en matière commerciale, annonce déjà tout l'intérêt que présente, dans telle ou telle hypothèse donnée, le point de savoir s'il s'agit du mandat orthodoxe, franchement conforme à la définition civile, avec toutes ses conséquences, — ou s'il s'agit, au contraire, de cette forme de mandat plus ou moins altérée que consacre la loi ou qu'autorise l'usage soit dans les rapports entre commerçants, soit à l'occasion des opérations commerciales. La discrimination est souvent fort embarrassante. Mais voici qui est peut-être encore plus difficile.

Première catégorie d'hypothèses.— La société, personne civile, donne, par disposition conventionnelle et expresse, mandat à l'un des associés ou à un tiers, en vue d'une opération déterminée.

Une société se fonde pour la réalisation d'opérations déterminées. Elle agit, à cet effet, par l'organe de ses représentants. Réservons provisoirement la question de savoir si ces représentants sont eux-mêmes des mandataires de la société que nous supposons revêtue de la personnalité civile. Admettons qu'ils agissent régulièrement au nom de celle-ci et supposons que, par leur intermédiaire, la société personne civile donne mandat à l'un

(21) AUBRY et RAU, § 413, note 13 bis.

des associés ou à un tiers, de traiter en son lieu et place. La société, telle une personne physique, a conféré à un tiers ou à l'un des coassociés pouvoir de traiter en son nom. Nous sommes bien en présence d'un mandat — de caractère civil ou commercial, peu importe. Les conséquences de ce mandat sont de deux sortes : les unes dérivent directement du contrat de mandat, tel que les parties l'ont conçu et rédigé : ce sont les conséquences conventionnelles ; les autres ont été prévues par la loi, soit à titre impératif, soit seulement à titre supplétif, pour le cas où les parties auraient négligé ou omis de se prononcer elles-mêmes : ce sont les conséquences légales. Dans quelle mesure ces conséquences du contrat de mandat doivent-elles être conformes aux prescriptions conventionnelles du contrat de société ? C'est une première question à examiner. Au fond, nous sommes en présence de deux contrats qui constituent, en principe, l'un comme l'autre, la loi des parties (art. 1134 C. civ.). Des dispositions du contrat de mandat ou de celles du contrat de société, lesquelles doivent l'emporter en cas de conflit ?

Premier exemple. Req. 8 août 1870

Nous empruntons un exemple à un arrêt de la Chambre des Requêtes (Req. rej., 8 août 1870, D. 1871, 1, 330). Une société en nom collectif comprenant trois associés qui sont en même temps cogérants, est constituée pour le commerce des meules. Les trois coassociés s'entendent pour charger l'un d'entre eux de se rendre à l'étranger, en vue d'« aplanir les difficultés » qui viennent de s'élever entre la société et son dépositaire. Il ne semble pas que

la procuration donnée au cogérant choisi, comporte d'autres précisions. On lui confère purement et simplement mandat à l'effet d'« arranger l'affaire ». Effectivement, l'affaire est liquidée. Le mandataire conclut avec le dépositaire étranger un traité qui lui donne satisfaction, mais dans lequel il ne prend pas soin de réserver la ratification de ses cogérants. A son retour, ceux-ci protestent et soutiennent que le gérant mandataire a dépassé la limite de ses pouvoirs et conclu une convention qu'ils jugent désavantageuse pour la société. Ils l'assignent pour voir dire que le traité par lui passé est nul et qu'il sera personnellement tenu de garantir la société des suites éventuelles qu'il comporte. La solution paraît assez simple. De deux choses l'une. Ou bien, nous nous en tenons aux termes du contrat de société, et il semble alors que l'associé a dépassé les limites de ses pouvoirs, en tant que gérant, puisque, aux termes des statuts, il ne peut engager la société que sous réserve de la ratification de ses coassociés, qui sont aussi ses cogérants. Ou bien, nous nous en tenons aux règles ordinaires du mandat (art. 1998 C. civ.) et il faut reconnaître alors que l'associé, en sa qualité de mandataire, a agi conformément au pouvoir qui lui avait été remis ; si ses cogérants — disons : ses commandants — entendaient l'enfermer dans des limites plus étroites, ils n'avaient qu'à le spécifier dans le contrat de mandat ; ils ne l'ont point fait : ils sont tenus, comme tout mandant, d'exécuter les engagements de leur mandataire. C'est ce dernier raisonnement qui a prévalu dans l'arrêt précité.

Droit international. Construction de l'hypothèse

Nous noterons que l'hypothèse aurait pu se compliquer de difficultés de droit international. Il n'eût pas alors été non plus indifférent, sous ce point de vue, de choisir entre les deux raisonnements précédemment indiqués. En effet, le dépositaire de la société en question, le correspondant qui avait traité par l'intermédiaire du cogérant incriminé, était domicilié en Suisse. L'arrêt ne nous dit pas s'il avait aussi la nationalité suisse, mais tout porte à le croire, et nous pouvons le supposer. Voici donc un Français, mandataire d'une société constituée en France, entre Français, ayant son siège social en France (22), qui, par application dudit mandat, passe un contrat en Suisse, avec un contractant de nationalité suisse. Pour ne point compliquer davantage, nous allons supposer que le litige s'élève en France, devant la juridiction française qui se reconnaît normalement compétente. Nous élaguons de la sorte deux catégories de difficultés qui ne nous intéressent pas actuellement et dans lesquelles nous n'avons pas à intervenir ici. C'est d'abord le problème soulevé par la combinaison des règles de la compétence juridictionnelle générale des tribunaux français, avec les règles particulières du traité franco-suisse de 1869 qui, pour certains litiges entre Français et Suisses, a établi, comme on sait, le principe de la compétence conventionnelle du juge du domicile. Nous écartons de même l'article 420 C. Pr. civ. dont nous avons déjà parlé (23), et la question de savoir

(22) Sur la question de la nationalité des sociétés, v. *infra*, chap. V.

(23) V. *supra*, Introduction.

si ce texte pose une règle de compétence générale ou, au contraire, une règle de compétence spéciale. Nous supposons tout cela résolu. Le procès se déroule en France, devant le juge français. Il s'agit de déterminer quelle est la loi applicable au rapport de droit qui fait l'objet du litige. Ici encore, comme en droit interne, nous sommes en présence d'une alternative. De deux choses l'une. Ou bien l'hypothèse doit s'analyser comme portant essentiellement sur l'*interprétation* des conséquences possibles du contrat conclu en Suisse, par application du mandat initial, — et c'est alors, en principe et à défaut de stipulation conventionnelle contraire, la loi du lieu de formation du contrat, c'est-à-dire la loi suisse qui est applicable à titre de loi présomptivement choisie par les parties (24). Ou bien, ce sont les règles légales ou les conséquences conventionnelles du contrat de société qui entrent en jeu, — et alors, comme il s'agit de l'interprétation d'un contrat conclu entre Français, en France, pour l'établissement d'une société ayant son siège social en France, c'est la loi française, et non plus la loi suisse, qui est compétente.

Deuxième exemple. Req., 24 janvier 1899

Revenons au droit interne. Voici un autre exemple, toujours dans le même ordre d'idées (Req., 24 janvier 1899, S. 1900, 1, 10) (25). Il s'agit cette fois d'un mandat conféré non plus par la société personne civile elle-même,

(24) Principe dit de l'autonomie de la volonté. *Locus regit actum*. Présomption du système de droit international du juge français supposé compétent.

(25) AUBRY et RAU, § 412, texte et note 10 *bis*.

mais par une certaine catégorie d'associés : les commanditaires. On sait que la loi, pour de multiples raisons, tant dans l'intérêt des associés eux-mêmes que dans celui des tiers, a interdit formellement aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion des affaires sociales (loi du 6 mai 1863, art. 27 et 28 nouv. C. com.). Mais elle leur a naturellement réservé un certain droit de contrôle et de surveillance sur l'administration du gérant. On suppose que les commanditaires confient le soin de cette vérification à un tiers qu'ils chargent, par mandat exprès, de contrôler les comptes du gérant, de les approuver s'il y a lieu, etc.... En outre, les commanditaires demandent l'expertise des inventaires qui ont été dressés par le gérant à la fin de l'exercice annuel. Cette dernière stipulation du contrat de mandat n'excède-t-elle pas, dans ses conséquences, l'étendue des pouvoirs de contrôle reconnus par la loi aux commanditaires (26) ?

Différences entre les deux espèces analysées

Il s'agit ici, comme d'ailleurs dans l'hypothèse précédente (Req., 8 août 1870, précité), de déterminer les limites et l'étendue d'un mandat. C'est là une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (27). Toutefois, une remarque capitale s'impose. On l'a déjà formulée. Une différence notable sépare en effet nos deux exemples. Sans doute, dans les deux cas, c'est toujours l'appréciation de l'étendue et des conséquences du con-

(26) Comp. loi du 24 juillet 1867, art. 12.

(27) V. Cass., 11 juillet 1883, S. 1884, 1, 389 et Ch. civ., 15 juillet 1895, D. 1896, 1, 31.

trat de mandat, qui entre en jeu, mais, dans la première hypothèse (Req., 8 août 1870), cette appréciation devait être faite par rapport à des dispositions de nature essentiellement et exclusivement conventionnelle ; en d'autres termes, le conflit s'élevait entre les stipulations conventionnelles du contrat de mandat, d'une part, et d'autre part, les stipulations également conventionnelles du contrat de société. Ici, avec l'arrêt du 24 janvier 1899, le conflit change d'aspect parce que l'objet auquel il s'applique, n'est plus exactement le même. Il s'agit en effet de concilier les conséquences conventionnelles du contrat de mandat avec les conséquences de la réglementation légale du contrat de société. Plus précisément, nous sommes en présence d'un conflit entre les conséquences conventionnelles du contrat de mandat et certaines conséquences légales impératives attachées à la qualité d'associé. Il est bien évident que le conflit doit être résolu en faveur de ces dernières.

Quoi qu'il en soit, ce premier problème, en droit sinon en fait, est assez facile à résoudre. Avec une seconde catégorie d'hypothèses, nous abordons au contraire tout un ensemble de questions infiniment plus délicates.

Seconde catégorie d'hypothèses. Conflit entre les conséquences conventionnelles ou légales du contrat de société et les conséquences de la réglementation légale ou coutumière du contrat de mandat.

Nous avons supposé jusqu'ici l'existence d'un contrat de mandat véritable, préétabli, sur la nature juridique duquel aucune discussion n'était probable ou même possible. Nous faisons désormais abstraction complète de

tout contrat de mandat quelconque, extérieur au contrat de société. Nous raisonnons sur le contrat de société lui-même, et sur lui seul. C'est alors qu'apparaît la question générale suivante : étant admis et reconnu, d'une part, que tout contrat de société peut établir, entre la société personne civile et certaines personnes physiques — savoir, tous les associés, ou certains d'entre eux, ou des tiers, — des rapports analogues, semblables, sinon peut-être identiques aux rapports entre mandants et mandataires ; étant donné, d'autre part, que la loi commerciale — ou la loi civile — a réglé dans des textes spéciaux la situation de ces mêmes personnes, et ce, tantôt au moyen de dispositions légales purement facultatives, destinées seulement à suppléer au silence des stipulations conventionnelles du contrat de société, tantôt au contraire au moyen de règles légales impératives dont l'observation s'impose nécessairement aux parties intéressées ; — ces deux points étant posés, dans quelle mesure ces règles conventionnelles ou légales qui dérivent du contrat de société, peuvent-elles ou doivent-elles être combinées avec la réglementation *légale* du contrat de mandat civil proprement dit, ou, le cas échéant, avec la réglementation coutumière (28) du contrat de mandat commercial, telle que nous l'avons précédemment fait entrevoir ?

Voilà le problème général à l'étude duquel nous arrivons maintenant. Au nombre des arrêts qui ont eu à statuer sur ces matières, on verra qu'il ne manque pas d'importance pratique. Nos développements porteront sur trois

(28) Sur l'usage en droit commercial, v. *infra*, chap. V.

points principaux que nous étudierons successivement, savoir : a) situation des *gérants* dans les sociétés par intérêts ; b) situation des *fondateurs* et des *administrateurs* dans les sociétés par actions ; c) situation des *liquidateurs* (29).

Premier point. Situation des gérants dans les sociétés par intérêts.
Règles générales

Réserveons provisoirement l'hypothèse de la pluralité de gérants et raisonnons sur le cas où il n'y a qu'un seul gérant. Dans quelle mesure le gérant d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite est-il le mandataire de cette société ? Dans quelle mesure les coassociés ou la société doivent-ils être considérés comme les mandants de leur gérant ? En l'absence de tout contrat de mandat proprement dit et en présence des seules dispositions du contrat de société, les rapports entre la société et son gérant peuvent-ils, à tous points de vue et en toutes circonstances, être assimilés aux rapports entre mandants et mandataires ?

Art. 1989 C. civ. Art. 1134 C. civ. Principe de la liberté des conventions

Voici déjà une première difficulté. Si nous sommes en présence, dans la personne du gérant, d'un véritable

(29) Les questions générales et communes à toutes les catégories de sociétés feront l'objet du premier paragraphe où ce que nous dirons du gérant sera, en principe, applicable aux organes correspondants des sociétés anonymes ou par actions. Le deuxième paragraphe sera consacré aux règles spéciales relatives aux organes de gestion des sociétés par actions. Quant au troisième paragraphe relatif à la liquidation, il sera, comme le premier, applicable en principe à toutes les sociétés généralement quelconques. Sur ces trois points : RODOLPHE-ROUSSEAU, n° 936 et suiv., n° 2045 et suiv., n° 3053 et suiv.

mandataire, il n'est pas douteux que ses pouvoirs sont, comme ceux de tout mandataire, librement déterminés et délimités par le contrat dont ils émanent (art. 1989 C. civ.). C'est la convention initiale qui décide des rapports respectifs du mandant et du mandataire. C'est par elle que les parties définiront notamment l'étendue de leur responsabilité. On a reconnu le principe si souvent invoqué et à certains égards si flottant de la liberté des conventions (art. 1134 C. civ.). Or, les rédacteurs des statuts ont-ils toujours et à tous égards liberté pleine et entière pour déterminer les pouvoirs du gérant, leur prétendu mandataire ? Il y a sans doute sur ce point, quelques réserves à apporter au principe général de l'article 1134.

Arrêt de la Ch. civ., 3 décembre 1850

Exemple (Ch. civ., 3 décembre 1850, D. 1851, 1, 42). Une société en nom collectif est conclue entre deux personnes ; l'une d'elles est pourvue d'un conseil judiciaire. Celui-ci assiste le prodigue dans l'opération, et l'autorise expressément à entrer dans ladite société. Mention est faite dans les statuts du caractère spécial et restreint de la capacité juridique du coassocié. Connaissance en est donnée aux tiers, au moyen d'une publicité régulière. Traduisez : tant dans leurs rapports personnels que dans leurs relations avec les tiers, les contractants entendent enfermer dans des limites précises prévues par leur contrat, l'étendue de leur responsabilité respective. Là-dessus, après avoir fonctionné pendant un certain temps, la société tombe en faillite. Le coassocié prodigue est

poursuivi sur le fondement de l'article 22 C. com. qui déclare, comme on sait, les associés en nom indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. Il proteste et excipe de son incapacité : vous n'ignorez pas le contrat de société dans lequel j'ai pris soin de limiter ma responsabilité à la mesure de mon incapacité ; je ne pouvais d'ailleurs pas faire autrement (art. 513 C. civ.). La Chambre civile, après quelques hésitations (30), a fait prévaloir les dispositions de l'article 22 C. com., mais pour décider que le prodigue n'avait pu valablement être autorisé à faire partie d'une société en nom collectif, la réglementation légale et impérative de la responsabilité des associés en nom, telle qu'elle ressort de l'article 22 C. com., étant incompatible avec les restrictions également impératives apportées par la loi civile à la capacité du prodigue (art. 513 C. civ.).

En somme, il résulte de l'arrêt à l'analyse duquel nous venons de procéder, très rapidement d'ailleurs, que si les futurs associés ont, en principe, dans la rédaction de leur contrat, la plus grande liberté pour déterminer à leur guise l'étendue, la nature, les effets de leurs rapports réciproques, cette liberté est néanmoins limitée par certaines dispositions légales, d'origines diverses mais toutes de caractère nettement défini en ce sens que leur respect s'impose aux parties contractantes (31).

(30) V. note 3, au D. 1851, 1, 42.

(31) Comp. *supra*, chap. préliminaire, sur les difficultés soulevées par la qualification conventionnelle du contrat de société.

Remarque

On rapprocherait utilement de l'hypothèse qui précède, les difficultés que soulève, dans un ordre d'idées tout à fait analogue, la détermination conventionnelle des rapports de commettants à préposés (art. 1384 C. civ.) (32), ou encore, dans la matière du contrat de mariage, la règle aux termes de laquelle les futurs époux ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, aux droits du mari comme chef de la famille ou de l'association conjugale (art. 1388 C. civ.) (33).

Conclusion

Toutes ces observations sont peut-être fort intéressantes par elles-mêmes, mais offrent-elles vraiment un intérêt quelconque pour la solution du problème qui nous occupe actuellement ? Non, et voici pourquoi. Reprenons l'espèce du 3 décembre 1850 et supposons que les mêmes parties, au lieu de former une société, aient conclu un contrat de mandat proprement dit. Primus, mandant, traite avec Secundus, mandataire. Secundus, prodigue, assisté et dûment autorisé par son conseil, s'engage à faire toute une série d'opérations de nature commerciale au nom et pour le compte de Primus. Quelle est, à l'égard de Secundus, la valeur d'un pareil engagement ? En le dispensant, au moyen d'une autorisation globale et générale, de recourir à l'assistance de son conseil toutes les fois que

(32) Cf. BARTIN, *Cours de droit civil approfondi*, 1925-1926, p. 28 et 488 et suiv.

(33) Sur ce point, v. AUBRY et RAU, § 504, texte et note 3.

celle-ci est requise par la loi (art. 499 et 513 C. civ.), l'acceptation par Secundus d'un pareil mandat n'équivaut-elle pas à une mainlevée arbitraire de son incapacité ? Question de fait, sans doute, dont la solution variera avec les termes employés dans le contrat. Toujours est-il qu'ici encore, s'agissant cette fois de la détermination conventionnelle des rapports de mandants à mandataires, le principe général de l'article 1134 souffre des exceptions.

Par conséquent, tout cela ne nous sert de rien pour définir la situation exacte du gérant : est-il, oui ou non, un mandataire ? Jusqu'alors nous ne pouvons affirmer qu'une seule chose, à savoir que, dans l'hypothèse où ce sont les statuts qui fixent eux-mêmes les pouvoirs du gérant, ils les déterminent aussi librement que ferait le contrat de mandat des pouvoirs du mandataire (art. 1989 C. civ.), compte tenu cependant des réserves indispensables que comporte habituellement et à l'égard de tout contractant généralement quelconque, la règle de l'article 1134.

Arrêt req., 23 octobre 1905

Le contrat de société confère au gérant « les pouvoirs les plus étendus »

Nous sommes ainsi amenés à l'examen d'une autre série de difficultés (Req., 23 octobre 1905, S. 1906, 1, 40, D. 1906, 1, 7). C'est toujours le contrat de société lui-même qui nomme le gérant et fixe ses fonctions. Toutefois, au lieu d'être limité par une énumération plus ou moins précise et détaillée de ses pouvoirs, le gérant se voit attribuer par les statuts « les pouvoirs les plus étendus ». Quelle est la signification d'une clause de ce genre ?

Interprétation par référence aux règles de droit commun du contrat de mandat civil

Supposons le problème résolu. Nous admettons qu'il n'y a pas de différence à faire, sous le point de vue qui nous occupe, entre le contrat de société, plus exactement entre la clause du contrat de société dont il s'agit, et un contrat de mandat ordinaire. Si nous partons de cette idée, l'analyse est extrêmement simple. Nous sommes en présence d'un mandat conçu en termes généraux : il est général quant aux affaires qu'il concerne, puisqu'il embrasse, au moins en principe (34), toutes les affaires du mandant, mais il est spécial quant aux actes juridiques qu'il autorise. En effet, pour que le mandataire ait pouvoir de passer ou de faire des actes de disposition, la loi exige une stipulation expresse et formelle. En l'absence d'une disposition de cette espèce, le gérant mandataire voit son activité nécessairement restreinte aux actes d'administration. Les actes de disposition lui sont interdits. Vendre les immeubles du mandant, constituer des hypothèques sur ces immeubles (art. 2124 C. civ.), contracter des emprunts, ce sont autant d'opérations auxquelles le gérant ne peut procéder, sous peine de sortir des limites de son mandat et d'engager par là même sa responsabilité personnelle. Telles sont les conséquences directes de la formule de caractère général qu'ont employée les rédacteurs des statuts, si toutefois nous inter-

(34) V. plus loin les réserves en ce qui concerne la responsabilité des administrateurs des sociétés par actions.

prétons celle-ci par référence aux règles de droit commun du contrat de mandat civil (art. 1988 C. civ.).

De toute évidence, ces solutions sont en contradiction complète avec la volonté et l'intention des coassociés. Ceux-ci entendaient en effet conférer à leur gérant les pouvoirs les plus étendus. L'interprétation précédente aboutit au contraire à ne lui reconnaître que des pouvoirs d'administration, des pouvoirs relativement restreints, par conséquent. Bien plus, ces solutions seront, dans certains cas, diamétralement opposées au but même que poursuit la société. Voici, par exemple, une société immobilière dont l'objet consiste précisément dans l'achat et la vente d'immeubles ; interdire ces opérations au gérant, c'est paralyser la société, c'est la frapper dans son existence même (35). Et pourtant, n'est-on pas fondé à répondre que la loi civile est formelle, et que, si les coassociés entendaient conférer à leur gérant le pouvoir de disposer des immeubles sociaux, ils n'avaient qu'à s'en expliquer, de façon expresse, dans le contrat de société (36) ?

(35) A cet égard, les conséquences de la théorie du mandat civil seraient très étendues, et parfois fort embarrassantes. On sait, par exemple, qu'en matière civile le pouvoir de vendre un immeuble ne confère pas, en général, celui d'en toucher le prix (Par extension de l'article 1989 C. civ. v. Rouen, 26 janvier 1853, S. 1855, 2, 663, et AUBRY et RAU, § 412, la jurisprudence à la note 10). Concevrait-on que cette règle s'appliquât au gérant qui a reçu des statuts pouvoir exprès à l'effet d'aliéner les immeubles sociaux, ou certains d'entre eux ?

(36) Comp. Cass., 23 octobre 1905, précité. On pourrait aussi interpréter en ce sens l'article 1859 C. civ., qui déclare qu'à défaut de désignation de gérant dans l'acte de société tous les associés sont investis du pouvoir d'administration. V. sur ce point AUBRY et RAU, § 382, texte et notes 5 et 6.

Jurisprudence

Les arrêts ne manquent pas en cette matière, mais ils varient dans leurs solutions, et en fin de compte, il paraît assez difficile de tirer de toutes ces décisions une idée générale suffisamment claire et précise. Dans tous les cas, ce qui est certain, c'est que des éléments manifestement étrangers au droit commun du mandat civil, entrent en jeu. Quant à définir la nature exacte de ces éléments, c'est une autre affaire.

On commence par poser un principe qui ne paraît douteux pour personne, à savoir qu'en l'absence de dispositions particulières, le gérant ne peut faire que des actes d'administration. Voilà qui est bien conforme à l'analyse que nous présentions tout à l'heure (37). Sans doute. Mais on s'empresse d'ajouter toute une série d'exceptions si impressionnantes qu'il est permis de se demander si le principe sus-énoncé ne disparaît pas derrière les réserves dont on l'entoure. Ainsi, — c'est une formule courante dans les arrêts, — il est admis que le gérant peut faire tous les actes nécessaires pour permettre à la société d'atteindre le but qu'elle s'est proposé. Formule très large et grosse de conséquences, qui nous conduit à reconnaître la validité de solutions incontestablement en marge des règles de droit commun du mandat civil.

(37) V. Req., 21 avril 1841, S. 1841, 1, 395 et l'argumentation fondée sur les articles 24, 27 et 28 C. com. (hypothèse antérieure à la loi du 6 mai 1863).

Actes d'allénation

C'est, par exemple, dans les sociétés immobilières, le droit d'aliéner les immeubles, même à défaut de tout pouvoir spécial et exprès donné au gérant à cet effet ; il suffit qu'on puisse interpréter l'acte de société en ce sens (38).

Emprunts

C'est aussi le droit d'emprunter (Cf. en matière d'association et participation, Req., 23 octobre 1905, précité) au moins dans une certaine mesure et sous la condition de ne pas dépasser certaines limites. A cet égard, il semble absolument impossible de dégager des arrêts une formule générale satisfaisante. Nous voyons reparaître, en effet, à tous instants, une expression que nous avons déjà rencontrée et que nous rencontrerons en d'autres matières. Tout dépend, dit-on, des circonstances. Expression assurément déconcertante pour le civiliste désireux d'apporter quelque rigueur et quelque logique dans ses raisonnements (39). Il n'est pas

(38) Cass. Req., 10 mars 1818, S. 1819, 1, 204. *Adde* la formule employée par la Cour de Nancy, 26 mars 1879, *Journ. Soc.*, 1880, p. 328. Sur la possibilité pour le gérant d'une société en commandite de transiger et de compromettre dans les affaires de la société, Rouen, 19 août 1841, *Journ. Pal.*, 1842, 2, 126.

(39) La question de savoir si et dans quelle mesure les directeurs, administrateurs, gérants, etc... des sociétés commerciales ont le pouvoir d'emprunter en dehors de toute autorisation spéciale à eux conférée, soit par les statuts, soit par acte exprès, est une question extrêmement controversée. La doctrine, suivie par quelques décisions de Cours d'appel, permettrait en général au gérant d'emprunter des sommes peu élevées et remboursables à brève échéance (emprunts sur titres ou sur marchandises warrantées, par exemple). En ce sens : TROPLONG, nos 684 et suiv. ;

douteux que les solutions de la loi civile sont ici beaucoup plus fermes (40).

Hypothèques

En ce qui concerne le droit d'hypothéquer, la jurisprudence paraît moins flottante. La plupart des arrêts qui ont statué sur ce point, décident en effet qu'à défaut d'une clause expresse des statuts, le gérant ne peut hypothéquer les immeubles de la société (41). Rappelons à ce propos que, depuis la loi du 1^{er} août 1893 qui a ajouté un article 69 au texte de la loi de 1867, le mandat d'hypothéquer peut résulter, en matière de sociétés commerciales, d'un simple acte sous seing privé (42).

MASSÉ et VERGÉ, § 718 ; VAVASSEUR, 1, 137. — Douai, 15 mai 1844, S. 1844, 2, 403. — *Contra* : Alger, 18 mai 1863, S. 1863, 2, 156, et Cass. civ., 22 janvier 1867, S. 1867, 1, 124. — La société en commandite est obligée à l'égard des tiers par les emprunts contractés par le gérant sous la raison sociale, même en dehors de ses pouvoirs, s'il est prouvé que ceux-ci ont tourné à son profit, Req. rej., 7 juillet 1868, S. 1868, 1, 357. Quant à la détermination des pouvoirs du gérant (notamment quant au point de savoir s'il peut emprunter), cela « *dépend des circonstances* ». V. note sous Req., 13 mars 1878, S. 1878, 1, 401, et Req., 23 octobre 1905, précité. Il est à noter que le mot a été repris par le législateur de 1925 mais pour accorder au gérant de la société à responsabilité limitée les pouvoirs les plus larges ; sauf stipulations contraires, le gérant peut en effet *agir au nom de la société en toutes circonstances* (loi du 7 mars 1925, art. 24). V. sur ce point, Trib. com. Seine, 12 janvier 1928, *D. hebdom.*, 1928, p. 251.

(40) Comp. AUBRY et RAU, § 412, texte et références des notes 3 et 3 bis.

(41) HOUPIN, *Traité*, n° 225 ; VAVASSEUR, n° 136. Req. rej., 21 avril 1841, S. 1841, 1, 395 ; Paris, 5 juillet 1877, *D.* 1877, 2, 168 et 18 juin 1907, *Journ. Soc.*, 1908, p. 458 ; Nancy, 26 mars 1879, précité, S. 1880, 2, 47.

(42) Sur la jurisprudence antérieure à 1893, v. note sous Cass., 15 novembre 1880, S. 1881, 1, 253, *D.* 1881, 1, 118 ; Cass., 23 décembre 1885, S. 1886, 1, 145 et Cass., 3 décembre 1889, S. 1891, 1, 525, *D.* 1890, 1, 105. — ARTHUYS, n° 187 et 241.

Remarque

Nous devrions étudier maintenant, toujours par rapport aux règles du contrat de mandat civil, deux autres questions. Nous aurions d'abord à rechercher si le gérant, tel un mandataire ordinaire, est autorisé à se substituer un tiers. Cela fait, nous aurions à examiner dans quelle mesure les règles qui déterminent la responsabilité du gérant s'apparentent aux règles relatives à la responsabilité du mandataire civil. Mais les difficultés qui se sont élevées sur ces deux points intéressent surtout la matière des sociétés anonymes (43). Nous en renvoyons donc l'étude au moment où nous traiterons des règles particulières à l'administration des sociétés par actions.

Révocation

Nous arrivons ainsi à la question de la révocation. Le gérant est-il révocable dans les mêmes conditions qu'un mandataire ordinaire (44) ?

A. Le gérant est un associé. Art. 1856 C. civ.

Supposons d'abord que le gérant a été choisi parmi les associés.

Nous retrouvons ici, faite par la loi elle-même (art 1856 C. civ.), une distinction semblable, sinon identique, à celle que nous avons établie plus haut entre les stipulations du

(43) V. note sur la possibilité pour les administrateurs de se substituer un tiers, article 22 de la loi du 24 juillet 1867 et *infra*.

(44) Art. 2004 C. civ. pour la révocation du mandataire civil. — AUBRY et RAU, § 416, note 1 *bis*.

contrat de société lui-même et les conséquences de certains actes postérieurs à ce contrat. La loi distingue en effet selon que les pouvoirs du gérant dérivent d'une clause spéciale du contrat de société, ou seulement d'un acte postérieur. Au premier cas, le gérant dit statutaire ne peut être révoqué « sans cause légitime » ; au second, il est révocable comme un simple mandataire. Comment doit-on interpréter cette disposition de l'article 1856 C. civ. (45) ?

Doctrine proposée

L'explication courante est la suivante : un mandat, dit-on, a été incorporé dans le contrat de société. Or, le pacte social est par excellence un contrat synallagmatique ; ce caractère réagit nécessairement sur le contrat de mandat qu'il renferme. Le commandité est tenu de façon illimitée du passif social ; s'il a accepté cette responsabilité, c'est que le pacte social le désignait en même temps comme gérant. On présume que, au regard de l'associé gérant, l'irrévocabilité du mandat représente la contrepartie des obligations qu'il assume en sa qualité de commandité. Repousser le principe du mandat irrévocable, ce serait, dit-on, lui refuser une garantie qu'il estime indispensable et que ses coassociés lui ont d'ailleurs accordée en adhérant au pacte social. Admettre la révocabilité pure et simple, ce serait fausser le fonctionnement du

(45) Les travaux préparatoires ne nous donnent aucun renseignement à cet égard, le législateur de 1804 n'ayant fait que reproduire sur ce point les règles traditionnelles de notre ancien droit (V. POTHIER, *Du contrat de société*, n° 71).

pacte social tel que l'ont conçu et voulu ses signataires (46).

Conséquences

Par le jeu naturel de la présomption inverse, on décidera que le gérant nommé par acte postérieur aux statuts est révocable *ad nutum*. Ici en effet il n'est plus question de mandat incorporé dans le contrat de société ; nous sommes en présence d'un contrat de mandat pur et simple ; le droit commun, — entendez : la révocabilité *ad nutum* du mandataire, — réapparaît (47).

Naturellement, il ne s'agit que d'une présomption *juris tantum*. Le principe de l'article 1856 C. civ. n'est pas impératif ; il pourrait être écarté par la manifestation d'une volonté contraire. C'est ainsi que la faculté de révocation pourrait être valablement stipulée dans l'acte de société lui-même ou dans une convention postérieure passée avec le gérant au cours de la société (48). Ainsi encore, et à l'inverse, l'irrévocabilité du mandat de gestion pourrait ressortir d'un acte même extérieur au con-

(46) En ce sens : THALLER et PERCEROU n° 399 ; PIC, n° 449.

(47) V. Cass., 28 novembre 1863, S. 1863, 1, 383, D. 1863, 1, 408. Les difficultés ont été soulevées ici, non par le principe de la révocabilité qui a été facilement admis, mais par la détermination de l'élément compétent pour prononcer cette révocation : l'unanimité des associés est-elle nécessaire, ou suffit-il de la majorité ? Sur ce point qui est en dehors de la question agitée au texte et que, par conséquent, nous n'avons pas à examiner ici, v. Paris, 28 février 1850, D. 1850, 2, 204 ; Trib. de la Seine, 7 août 1901, *Rec. Soc.*, 1902, 32 ; Paris, 31 décembre 1901, *Journ. Soc.*, 1902, 220 ; Paris, 6 février 1909, *Journ. Soc.*, 1909, 359, *Rec. Soc.*, 1910, 61 (affaire de la Société du *Figaro*).

(48) V. not. Cass., 9 mai 1859, S. 1860, 1, 442, D. 1859, 1, 487 ; Cass., 25 novembre 1872, S. 1873, 1, 385, D. 1875, 1, 479 ; Cass., 8 mars 1892, D. 1892, 1, 236.

trat de société, s'il est prouvé que telle a bien été la volonté des parties (49).

B. Situation du gérant étranger

Enfin, toujours en vertu du même raisonnement, le gérant étranger qui n'a pas, par hypothèse, participé au pacte social en qualité d'associé, est dans la situation d'un simple mandataire ; sa nomination, qu'elle résulte en fait d'un contrat particulier ou même d'un contrat de société, n'est jamais que la conséquence d'un mandat ordinaire ; le gérant étranger reste donc à la discrétion de ses comandants ; il est révocable *ad nutum* (50).

Critique

Tel est le système généralement admis. Sans doute, cette doctrine rend compte d'un certain nombre de solutions qui, effectivement, ont été consacrées par la jurisprudence, mais est-elle en tous points satisfaisante ?

Peut-être n'est-il pas de méthode absolument certaine de ramener, comme on le fait souvent, la disposition de l'article 1856 C. civ. à la seule interprétation de la volonté des parties. En effet, outre que le caractère facultatif qu'on attribue ainsi à l'article 1856 C. civ. paraît assez difficilement conciliable avec le principe de la cause légitime exigée par la loi à l'appui de la révocation du gérant

(49) V. not. Besançon, 25 juillet 1900, et la mesure dans laquelle la Cour de Besançon a cru pouvoir étendre la notion de gérant statutaire et les conséquences qui y sont attachées quant à l'irrévocabilité du mandat (*Journ. Soc.*, 1901, p. 164).

(50) PIC, *loc. cit.*

statutaire (51), on semble présenter ce texte comme une disposition dérogatoire au droit commun du mandat, alors qu'il n'en est peut-être, au fond, qu'une simple application (52).

Doctrines de l'irrévocabilité considérée comme une règle du droit commun
du mandat

On pourrait alors songer à une autre explication. On pourrait remarquer en effet que, de droit commun, le mandat n'est révocable *ad nutum* que s'il a été donné dant l'intérêt exclusif du mandat (53). Au contraire, le mandat qui est conféré à la fois dans l'intérêt du mandant et du mandataire est irrévocable (54). Or, le mandat de gestion visé par l'article 1856 n'est-il pas précisément un

(51) Que faut-il entendre au juste par *cause légitime* ? Il faut supposer que le gérant a commis des fautes lourdes dans sa gestion, ou qu'il ne dispose plus des capacités physiques ou intellectuelles nécessaires à sa mission. V. Besançon, 25 juillet 1900, précité. — Comp. avec les hypothèses de dissolution de la société pour *justes motifs* (art. 1871 C. civ.) ; Cass. req., 25 novembre 1872, D. 1875, 1, 479. — Les statuts pourraient-ils autoriser la révocabilité du gérant *ad nutum*, même en dehors de toute cause légitime ? L'affirmative dépasserait sans aucun doute la formule adoptée par les arrêts rapportés *supra* (note 48). Ce serait cependant la conséquence logique de la doctrine qui reconnaît à l'article 1856 un caractère pleinement interprétatif.

(52) Nous trouvons un argument en faveur de cette thèse dans un arrêt de la Cour de Pau, 26 novembre 1873 (S. 1874, 2, 71) qui, dans une hypothèse complètement étrangère au domaine de l'article 1856 (partage de succession) a déclaré irrévocable *tout mandat généralement quelconque* lorsqu'il est la *condition* d'une autre convention passée par le mandant avec le mandataire ou avec un tiers (AUBRY et RAU, § 416, note 1 *ter*). On pourrait très exactement ramener à cette formule proposée par la Cour de Pau pour le mandat de droit commun celle que propose la doctrine rapportée au texte pour le mandat de gestion de l'article 1856.

(53) V. Cass., 11 février 1891, précité, *supra*, note 17.

(54) Et survit à la faillite du mandant. Ch. civ., 31 juillet 1872, S. 1873, 1, 157 ; Req., 5 mai 1873, S. 1873, 1, 298.

contrat de ce genre, conféré tant dans l'intérêt de la société mandante que dans celui du gérant mandataire ? L'article 1856 n'a-t-il pas d'autre but que de reprendre cette règle du droit commun et en quelque sorte de la renforcer à l'égard du gérant statutaire en exigeant dans tous les cas la preuve d'une « cause légitime » à l'appui de l'action en révocation ?

Critique

Il n'est pas besoin d'examiner longtemps cette doctrine pour reconnaître qu'elle est encore moins satisfaisante que la précédente. L'unique sanction qu'elle comporte est en effet celle de l'article 1142 C. civ. ; l'irrévocabilité ainsi analysée se résout en une obligation de ne pas faire à la charge du mandant, sanctionnée seulement, par conséquent, par des dommages-intérêts (55). Or, il n'est pas douteux que, aux termes de la jurisprudence précédemment rappelée, les obligations du mandant à l'égard du gérant statutaire dans l'hypothèse de l'article 1856 dépassent de beaucoup les limites d'une simple obligation de ne pas faire. Pourquoi ? Parce que le gérant statutaire est lié à ses coassociés mandants non par un contrat de mandat pur et simple, unilatéral, mais par un véritable contrat synallagmatique, emportant obligations réciproques à la charge des parties (56). Nous revenons

(55) V. not. Paris, 19 novembre 1908, S. 1910, 2, 165.

(56) Il n'est pas jusqu'au gérant non statutaire lui-même dont le mandat pourrait se doubler, le cas échéant, d'un contrat déterminé, faisant, au même titre que la société, l'objet d'une réglementation légale particulière ; un contrat de louage de services, par exemple, auquel cas la sanction serait celle de l'article 1780 C. civ. (loi du 27 décembre 1890). V. Paris, 6 février 1909, affaire du *Figaro*, préc. — Comp. *infra*, note 73.

ainsi à la théorie du mandat incorporé dans le contrat de société, avec toutes les conséquences que cette incorporation implique.

Conclusion

En somme, sur cette question de la révocation, à défaut de conclusion absolument ferme, on peut affirmer néanmoins que l'article 1856 C. civ. ne nous éloigne pas sensiblement des règles de droit commun du contrat de mandat civil. En d'autres termes, sous ce point de vue de la révocation, il n'apparaît pas extrêmement difficile de ramener la situation du gérant à celle d'un mandataire ordinaire.

Mais nous avons vu que le gérant ne fait pas toujours figure de mandataire et que, sur bien des points, notamment quant à la détermination de ses pouvoirs, la loi apporte des dérogations notables au droit commun du mandat. De telle sorte que, en dernière analyse, nous nous trouvons dans la quasi-impossibilité de formuler une conclusion générale solide et certaine.

Req. rej., 4 décembre 1854

Voici d'ailleurs qui confirme nos hésitations (Req. rej., 4 décembre 1854, D. 1855, 1, 22, S. 1856, 1, 592). Deux sociétés en commandite ont un même gérant. L'une fait un emprunt à l'autre. Le gérant agit au nom des deux sociétés à la fois comme prêteur et comme emprunteur. D'autres opérations sont conclues de la même façon. Un compte courant est établi entre les deux sociétés. En fin d'exercice, le gérant arrête les écritures et constate le

solde, c'est-à-dire la dette de l'une des sociétés envers l'autre. Est-il possible qu'une seule et même personne représente de la sorte, en sa seule qualité de gérant, deux sociétés qui contractent entre elles et par son seul intermédiaire, une série d'opérations sous la forme du compte courant ? La Chambre des Requêtes a adopté l'affirmative par ce motif notamment qu' « aucune loi n'interdit à la même personne de faire partie de plusieurs sociétés et d'être gérant de sociétés différentes ».

Cour de Paris, 9 août 1873

Dans une espèce voisine — nous ne disons pas semblable — s'agissant d'opérations très complexes — qui ne se présentaient d'ailleurs nullement sous la forme du compte courant, — conclues entre deux sociétés en commandite par l'intermédiaire des mêmes représentants, la Cour de Paris (Paris, 9 août 1873 sous Cass., 14 décembre 1874, S. 1876, 1, 209) paraît avoir consacré la solution contraire en décidant que la même personne ne pouvait agir à la fois comme liquidateur et comme gérant de deux sociétés différentes.

Un gérant peut-il valablement représenter deux sociétés qui passent entre elles une même opération ?

Sous réserve de ce que nous dirons plus loin du liquidateur, et en admettant provisoirement qu'il n'est qu'un mandataire pur et simple, comment pouvons-nous interpréter ces deux décisions par rapport aux règles de droit

commun du mandat ? Laquelle est conforme à ce droit commun ? Laquelle fait exception ?

Pour des raisons qu'il ne nous est pas loisible de détailler ici, nous croyons pouvoir affirmer que la contradiction signalée entre ces deux décisions n'est qu'apparente, la différence de solution ne s'expliquant au fond que par la différence des hypothèses respectivement soumises à la Chambre des Requêtes et à la Cour de Paris. La première espèce (Req., 4 décembre 1854) mettait en jeu le fonctionnement de cette construction juridique particulière qu'on nomme le compte courant, et c'est en considération de ces règles toutes spéciales que la Chambre des Requêtes s'est prononcée dans le sens que l'on sait. Au contraire, l'hypothèse courante, normale, ce serait bien à notre avis celle qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour de Paris (9 août 1873). Telle paraît être, d'ailleurs, l'opinion de la plupart des commentateurs (57). Le principe serait, par conséquent, que deux sociétés ne peuvent être valablement représentées, pour une seule et même opération, par leur gérant commun (58).

Revenons au mandat. C'est bien alors le principe contraire qui domine. Deux mandants qui entendent passer

(57) V. note au S. 1876, 1, 209.

(58) Telle est en effet la conclusion générale qui se dégage, selon nous, de cet arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1873. Nous noterons cependant que l'argumentation passablement touffue des rédacteurs de l'arrêt nous a paru assez pauvre de motifs d'ordre juridique. Nous en dirions volontiers autant à l'adresse de l'auteur de la note confirmative au Sirey préc. (*infra*, note 59). A cet égard, l'arrêt Req., 4 décembre 1854, nous paraît beaucoup mieux établi, malgré le caractère exceptionnel de l'affaire dans laquelle il a été rendu.

l'un avec l'autre une opération déterminée, peuvent-ils valablement se faire représenter par un mandataire commun ? Nous ne voyons aucune objection d'ordre légal contre une telle combinaison (59). Le gérant apparaît donc encore, à cet égard, comme investi d'un mandat de caractère exceptionnel (60).

(59) On a fait cependant, contre l'opinion soutenue au texte, deux critiques d'inégale valeur. On a dit (V. note au Sirey préc.) que le gérant de deux sociétés ne peut, même dans la limite normale de ses pouvoirs, engager ces deux sociétés l'une vis-à-vis de l'autre, car une seule et même personne ne saurait jouer à la fois le rôle de deux contractants. Nous répondons que l'argument ne porte pas si le gérant doit être considéré comme un mandataire, auquel cas en effet le simple jeu du principe de la représentation fait apparaître le concours des deux volontés distinctes nécessaires à la formation du contrat. Il n'en serait autrement que si le gérant devait être tenu pour la *personnification* même de la société, mais c'est là une interprétation excessive que personne n'admet. On a dit aussi que le mandataire devant agir dans le seul intérêt de son mandant, il paraît bien impossible, sous peine de déroger à cette règle fondamentale, de confier au même gérant le soin de représenter les deux sociétés contractantes ; comment un mandataire pourrait-il agir en même temps au nom de deux personnes dont les intérêts sont divisés ? Le dévouement ne saurait exister égal à deux causes qui sont en opposition. Sans doute, mais faut-il alors décider que, de droit commun, deux personnes quelconques ne peuvent pas se faire représenter dans une même opération par un même mandataire ? Ce serait, à notre avis, forcer les termes de la loi civile. Sous réserve du consentement des parties intéressées, la réglementation légale du contrat de mandat nous paraît autoriser pareille combinaison.

(60) Si l'on s'en tient en effet à l'arrêt de la Cour de Paris du 9 août 1873, le gérant apparaît comme investi d'une mission spéciale qui ne relève pleinement ni du mandat ordinaire de la loi civile, ni de ce mandat particulier de la loi commerciale qu'on nomme la commission. Notons toutefois que le gérant de l'association en participation pourrait plus facilement être assimilé à un commissionnaire véritable (art. 94 C. com.) puisqu'il ne doit agir qu'en son propre nom, sans découvrir son mandant ; tel est bien aussi le rôle du commissionnaire. Sur la distinction entre le mandat civil et la commission du droit commercial, v. Cass., 30 avril 1853, D. 1853, 5, 140.

Pluralité de gérants. Art. 1859 C. civ.

De l'hypothèse de la pluralité de gérants à laquelle nous arrivons maintenant, nous n'avons rien de particulièrement intéressant à déduire pour ce qui nous occupe ici. Nous retrouvons les mêmes distinctions et les mêmes formules. Tantôt ce sont les statuts eux-mêmes qui désignent plusieurs gérants ; tantôt cette nomination est faite par acte postérieur ; tantôt enfin, dans le silence des statuts, il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 1859 C. civ. aux termes de laquelle tous les associés en nom ont également le pouvoir de gérer. La loi présume que les associés se sont donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre (61). Par conséquent, à défaut de stipulations conventionnelles contraires, chaque gérant peut faire toutes les opérations que comporte le but normal de la société, sans consulter ses cogérants.

Art. 1995 C. civ.

On pourrait être tenté de rapprocher de cette règle la disposition de l'article 1995 C. civ. d'après laquelle le mandat donné à plusieurs personnes conjointement n'entraîne aucune solidarité entre elles, à moins de convention contraire (62). L'article 1995 C. civ. n'étant lui-même que le développement logique du principe général posé par l'article 1202 C. civ. et ce texte étant écarté par le droit commercial qui sanctionne justement le principe inverse,

(61) V. GUILLOUARD, *Sociétés*, n° 143 ; MARCADÉ, n° 1344 ; Références AUBRY et RAU, § 382, note 6.

(62) AUBRY et RAU, § 413, texte et note 9.

ne devons-nous pas conclure de là que l'article 1995 C. civ. est, lui aussi, étranger à notre matière et que, par conséquent, la solidarité est de droit entre cogérants (63) ? La question ne s'est jamais posée de cette façon en jurisprudence, mais l'affirmative ne fait aucun doute. Il convient de noter que, sur le terrain civil, la règle de l'article 1995 a été également écartée lorsqu'il y a eu dommage et que celui-ci a résulté d'une faute commune et concertée des comandataires (64). C'est évidemment la même solution qui l'emporterait s'il s'agissait de comandataires commerçants ou d'opérations de caractère commercial. Quoi qu'il en soit, il est clair que la solidarité entre cogérants, dans tous les cas où elle est ou doit être établie, ne fait qu'aggraver les conséquences du régime anarchique institué par l'article 1859 C. civ. En fait, ces difficultés disparaissent car les statuts répartissent ordinairement eux-mêmes les pouvoirs et divisent l'administration entre les divers gérants, chacun se voyant attribuer alors une sphère d'action personnelle.

Deuxième point. Situation des administrateurs des sociétés anonymes.

Ces rapides observations nous conduisent à examiner la situation des administrateurs de la société anonyme. Si en effet les cogérants de la société en nom ou de la commandite disposent, moyennant les réserves sus-indiquées, d'un pouvoir individuel de gestion, il en va tout

(63) V. *supra*, notes 18 et 19, et *Introduction*, texte et notes 18 à 22. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n° 651.

(64) Comp. Req., 3 mai 1865, S. 1865, 1, 251, D. 1865, 1, 379. Adde : DOMENGET, *Du mandat*, t. I, n° 335.

autrement des administrateurs de la société anonyme. Dans la société en nom, dans la commandite simple ou par actions, chaque associé peut, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, traiter individuellement au nom de la société. Au contraire, aucun administrateur de la société anonyme ne saurait représenter à lui seul la société. Autrement dit, l'organe de gestion est constitué ici, non par des individus, mais par une collectivité, non par chaque administrateur, mais par le conseil d'administration. Il n'empêche que la loi a autorisé le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs, au moins dans une certaine mesure (65), à une ou plusieurs personnes chargées d'agir en vertu d'une procuration expresse, et dans les limites de cette procuration : c'est tantôt l'administrateur délégué, tantôt le directeur général, tantôt enfin, ce sont des mandataires spéciaux.

D'où la double question de savoir : a) si le conseil d'administration est la personnification de la société anonyme ou s'il n'en est que le mandataire, et partant si l'administrateur délégué, le directeur général ou le mandataire représentent la société ou seulement le conseil ; b) si, dans tous ces cas, les règles de droit commun du mandat trouvent leur fonctionnement logique et normal, ou si, au contraire, leur jeu est plus ou moins altéré par les dispositions particulières de la loi commerciale (loi de 1867).

(65) La procuration peut être générale, mais elle doit, dans tous les cas, respecter l'objet de la société. Nous n'avons pas à examiner ici les difficultés soulevées par cette formule.

Substitution. Art. 1994 C. civ.

On sait que l'article 1994 C. civ. autorise sous certaines conditions tout mandataire à se substituer un tiers pour l'exécution de son mandat (66). On peut ramener le système institué ici par la loi civile, à trois propositions : 1^o si le mandataire a reçu de son mandant pouvoir exprès à l'effet de se substituer telle personne déterminée, il ne répond pas de cette personne ; 2^o si le mandataire a reçu de son mandant pouvoir à l'effet de se substituer un tiers, mais sans désignation de personne, il ne répond de son substitué que si celui-ci est notoirement incapable ou insolvable ; 3^o même s'il n'en a pas reçu le pouvoir, le mandataire peut toujours se substituer un tiers, mais il répond alors de son substitué.

Art. 22 de la loi de 1867

Or, aux termes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs des sociétés anonymes — auxquels le législateur lui-même attribue la qualité de *mandataire* de la société, — « peuvent, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle ». Què signifie au juste cette disposition ? Quelle portée doit-on lui reconnaître en présence de l'article 1994 C. civ. ?

(66) V. *supra*, notes 20 et 21. Adde : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n^o 568.

De deux choses l'une. Ou bien le législateur de 1867, en employant intentionnellement le mot *mandataire* n'a entendu limiter la faculté de substitution du droit commun (art. 1994 C. civ.) qu'en ce qui concerne le conseil d'administration, et a laissé, par conséquent, aux mandataires par lui choisis (67) (directeur général ou administrateur délégué) toute liberté pour se substituer à leur tour un tiers dans les termes de l'article 1994 C. civ. Ou bien l'article 22 de la loi de 1867 doit être interprété comme une disposition exorbitante du droit commun et pleinement limitative en ce sens non seulement que les administrateurs ne peuvent se substituer un tiers qu'à la condition d'y être formellement autorisés par la société mandante (première dérogation à l'art. 1994) et que, même alors, ils répondent de leur substitué nonobstant toute désignation de celui-ci par le mandant (deuxième dérogation à l'art. 1994), mais en ce sens encore que le directeur général ou l'administrateur délégué, mandataires substitués du conseil d'administration lui-même mandataire de la société, sont dans l'impossibilité de subdéléguer à une tierce personne les pouvoirs qu'ils ont reçus ; ce sont des mandataires, sans doute, mais à leur égard l'article 1994 disparaît complètement.

Le directeur général peut-il se substituer un tiers ?
Ch. crim., 22 mai 1896

La Cour de cassation (Ch. crim., 22 mai 1896, S. 1898,

(67) Ou par l'assemblée générale.

1, 542) (68) invoquant le caractère impératif de l'article 22 de la loi de 1867 (69) a refusé de reconnaître au directeur général le droit de se substituer un tiers conformément à l'article 1994 C. civ., en dépit d'ailleurs d'une disposition formelle des statuts qui l'y autorisait. On aurait pu songer, en l'espèce, à faire le raisonnement suivant : puisque le directeur général apparaît déjà, par rapport à la société mandante, comme le substitué du conseil d'administration qui est le mandataire, la loi n'a pas voulu qu'à cette première substitution succédât une seconde, puis une autre encore, etc... et c'est pourquoi l'article 1994 C. civ. doit être écarté. Mais on aperçoit aussitôt la conséquence : supposons que le directeur général apparaisse, non plus comme le substitué du conseil d'administration, mais comme le mandataire direct de la société — soit que sa désignation ait été faite par l'assemblée générale, soit encore que ses attributions aient été prévues et réglées par le pacte social — c'est à nouveau la porte ouverte à la substitution et à l'article 1994 (70).

(68) Statuant sur pourvoi contre arrêt Cour de Paris, 3 février 1896, S. 1898, 2, 185, note WAHL. Rouen, mêmes parties, 27 mars 1895, S. eod. loc. La Cour de Paris avait donné la même solution mais avait interprété de toute autre façon l'article 22 de la loi de 1867, en y voyant au profit des sociétés anonymes une dérogation à l'adage : *Nul en France ne plaide par procureur*. Sur ce point nous nous rallions entièrement à l'argumentation du savant annotateur de l'arrêt. Aussi bien, la Cour de cassation s'est-elle placée sur un terrain différent. — Comp. sur le droit pour le liquidateur de poursuivre en son nom seul toutes les actions de la société, Aix, 5 avril 1832, D. 1834, 2, 19.

(69) Sur le caractère impératif des dispositions de la loi de 1867, v. S. *Lois annotées*, 1867, p. 220.

(70) Sur une hypothèse où le directeur général est considéré comme le mandataire direct de la société, v. Cass. Ch. civ., 30 avril 1878, S. 1878, 1, 313 et Lyon, 10 août 1884, *Rev. Soc.*, p. 166.

En s'appuyant sur le caractère impératif de l'article 22 de la loi de 1867, la Cour de cassation, dans l'arrêt précité, a reconnu à ce texte une portée absolue : dans tous les cas, la faculté de substitution du droit commun est interdite au directeur général.

Pouvoirs des administrateurs

Il n'en est pas moins vrai que, cette question de la substitution mise à part, le conseil d'administration, le directeur général ou l'administrateur délégué font le plus souvent figure de mandataires ordinaires. Ce sont les statuts ou la procuration spéciale à eux donnée qui déterminent l'étendue de leurs pouvoirs (71). Mais ici encore, nombreuses sont les difficultés qui se révèlent lorsque les parties n'ont pas apporté une précision suffisante dans la rédaction de leur contrat. Nous voyons reparaître dans la jurisprudence ces formules à la fois larges et incertaines que nous avons déjà rencontrées en étudiant la situation du gérant des sociétés par inté-

(71) Dans la mesure, bien entendu, où la volonté des mandants (associés réunis en assemblée générale ou Conseil d'administration) peut librement s'exercer, compte tenu, par conséquent, des dispositions impératives de la loi. V. *infra*, note 73. Sur l'application de l'article 189 C. civ. aux rapports respectifs de la société, du Conseil d'administration et du directeur général, v. Cass. Ch. civ., 22 janvier 1867, S. 1867, 1, 124. — Les administrateurs ne peuvent obliger la société que dans les limites assignées à leur mandat par les statuts, Req., 28 janvier 1891, S. 1891, 1, 256 ; Paris, 23 juin 1897, *Journ. Soc.*, 1898, p. 65. Mais la société commerciale pourrait être engagée si les opérations faites par le directeur en dehors de ses pouvoirs, avaient tourné à son profit (*In rem verso*). En ce sens (société anonyme), Ch. civ., 24 mars 1852, S. 1852, 1, 436. — *Contra* (société civile) : Ch. civ., 16 février 1853, D. 1853, 1, 47. — Comp. (société en commandite), Req., 7 juillet 1868, rapporté *supra*, note 39.

rêts (72). Nous n'avons pas à y revenir et nous abordons immédiatement le problème de la responsabilité (73).

(72) Comp. *supra*, texte et notes 38 et 39. V. not. sur la possibilité pour le Conseil d'administration de faire des emprunts et sur la distinction proposée entre les emprunts modérés et les emprunts importants hors de proportion avec le but poursuivi par la société, Ch. civ., 22 janvier 1867, précité et la note.

(73) En ce qui concerne la révocation des administrateurs des sociétés anonymes, nous ajouterons à ce que nous avons dit plus haut qu'une jurisprudence constante et certaine, basée sur l'article 22 de la loi de 1867, écarte la distinction consacrée par l'article 1856 C. civ. sur laquelle nous nous sommes prononcés *supra*, texte et notes 45 à 56. La même solution avait été déjà consacrée par la Chambre civile sous le régime de l'article 31 C. com. abrogé par la loi de 1867 (Cass., 28 juillet 1868, S. 1869, 1, 57, note BOURGUIGNAT, et D. 1868, 1, 441). Les administrateurs sont, dans tous les cas, des mandataires essentiellement révocables ; à cet égard, les pouvoirs de l'assemblée générale sont absolus, nonobstant toute disposition contraire des statuts (Cass. Ch. civ., 30 avril 1878, précité ; Ch. civ., 10 janvier 1881, S. 1881, 1, 251, D. 1881, 1, 861 ; Ch. civ., 5 juillet 1893, S. 1893, 1, 377, D. 1894, 1, 41) (société anonyme) ; l'assemblée générale peut même, si les circonstances l'exigent, prononcer la révocation alors que celle-ci ne figure pas à l'ordre du jour de ses délibérations (Ch. civ., 5 juillet 1893, précité). V. néanmoins les réserves faites par un arrêt de la Ch. civ., 15 juillet 1895 (société en commandite par actions), S. 1895, 1, 349, D. 1896, 1, 31. *Adde* : Paris, 25 juillet 1893, D. 1894, 2, 6 (directeur statutaire), et 23 mars 1909, *Journ. Soc.*, 1909, p. 406. — On sait que la pratique commerciale a su apporter de très sérieux tempéraments à ce principe de la révocation *ad nutum* des administrateurs, notamment par l'institution des actions à vote plural (Arg. art. 34 nouv. C. com., loi du 16 novembre 1903). Quant aux administrateurs délégués et aux directeurs généraux, ils doublent leurs fonctions par celle de directeur technique. Req. rej., 15 juin 1925, *D. hebdomadaire*, 1925, p. 465 ; Ch. civ., 9 janvier 1928, *D. hebdomadaire*, 1928, p. 153, S. 1928, 1, 158 (Comp. *supra*, note 56) ; le contrat de direction technique, simple louage de services, n'étant pas comme le mandat d'administration, à la seule discrétion des actionnaires, ceux-ci peuvent échapper, en fait et au moins sous certaines conditions, aux prescriptions rigoureuses de l'article 22 de la loi de 1867. V. Req., 22 décembre 1913, D. 1916, 1, 113, note FEUILLOLEY ; Cass. Ch. civ., 9 juillet 1923, D. 1926, 1, 40. Sur la nécessité d'un contrat distinct conférant à l'administrateur directeur technique des fonctions nettement délimitées, v. Paris, 14 mars 1907, *Journ. Soc.*, 1907, p. 355. En l'absence de dispositions expresses, le directeur technique peut-il se porter caution au nom de la société ? V. dans le sens de la négative : Paris, 11 janvier 1928, *D. hebdomadaire*, 1928, p. 279.

Responsabilité

Y a-t-il des différences de fond à établir entre la responsabilité des administrateurs telle qu'elle est prévue et définie par la loi commerciale et la responsabilité du mandataire telle qu'elle résulte de la loi civile ?

Art. 32 C. com. Art. 44 de la loi de 1867

De la combinaison des articles 32 C. com. et 44 de la loi de 1867, il ressort que la responsabilité des administrateurs est la responsabilité du droit commun. Mais de quel droit commun s'agit-il ? Ici, la jurisprudence est formelle : il s'agit non seulement de la responsabilité du droit commun du mandat (art. 1992 C. civ.) ou de la société (art. 1850 C. civ.) (74), mais aussi de la responsabilité fondée sur les articles 1382 et suivants C. civ. (75).

Faute contractuelle et faute délictuelle ou quasi-délictuelle

Nous touchons à la distinction classique de la faute constitutive d'un délit ou d'un quasi-délit civil (art. 1382 et suiv. C. civ.) et de la faute relative à l'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1850 et 1892 C. civ.) (76).

(74) V. AUBRY et RAU, § 380, note 4, et comp. § 382, note 10.

(75) Sur l'application des articles 1992, alinéa 1^{er}, C. civ. et 1382 et suiv. C. civ. aux membres du Conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions (régime de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1856), v. not. Poitiers, 20 août 1859, D. 1859, 2, 212 et arg. Req. rej., 9 juillet 1861, D. 1861, 1, 414. — Comp. Req. rej., 28 novembre 1860, D. 1861, 1, 339. Sur le principe de l'extension de l'article 1382 C. civ. à toutes matières, même commerciales, Ch. civ., 1^{er} juillet 1828, D. 1828, 1, 307. *Adde* : Req. rej., 13 janvier 1869, D. 1870, 1, 67.

(76) Nous mettons à part, puisque nous n'avons pas en à parler ici, les obligations légales imposées aux administrateurs spécialement par

Encore que ce problème n'intéresse notre sujet que de façon indirecte, il nous est impossible de ne pas en dire quelques mots, puisque aussi bien nous allons peut-être trouver en notre matière un argument nouveau en faveur du maintien de cette distinction (77), pourtant si vivement critiquée par certains auteurs (78).

Une société anonyme (Req. 26 janvier 1910, Pand. franç., 1911, 1, 105) décide d'augmenter son capital. Elle émet à cet effet de nouvelles actions. Pour obtenir les souscriptions nécessaires, les administrateurs dissimulent la véritable situation de la société, qui est mauvaise. Ils font apparaître un actif fantaisiste dans un bilan frauduleux et impriment des prospectus reproduisant les rapports mensongers qu'ils ont signés. En fait, la nouvelle émission est couverte tant par les anciens actionnaires que par des tiers, c'est-à-dire par des personnes qui étaient jusque-là étrangères à la société. Le juge du fond (Cour de Nancy, 3 août 1907) estime que les administrateurs ont commis « une faute dans leur gestion » au sens de la loi de 1867 (art. 44), mais quel est au juste le caractère

la loi de 1867 (réserve faite, bien entendu, du texte de principe de l'article 44) (not. articles 27, 29, 31, 33, 34, 37, 40) et dont la violation peut entraîner des sanctions non seulement civiles mais même pénales (not. articles 14, 15 et 45). Seules nous intéressent les infractions aux dispositions conventionnelles du contrat de société ou aux principes généraux du droit, susceptibles d'emporter à la charge des administrateurs de la société anonyme, leurs auteurs présumés responsables, des sanctions analogues sinon peut-être identiques à celles qui seraient encourues dans les mêmes conditions et dans les mêmes circonstances par un mandataire pur et simple.

(77) AUBRY et RAU, § 445, note 9 *undecies* E. B.

(78) En ce sens : PLANIOL, II, 873 et suiv. — *Contra* : HUC, VII, n° 95.

de cette faute ? L'intérêt de la question est facile à dégager.

Action en responsabilité fondée sur l'article 1992 alinéa 1^{er} C. civ.

Si nous sommes seulement en présence d'une faute contractuelle, s'il s'agit seulement d'une infraction aux dispositions conventionnelles des statuts en tant que celles-ci renferment un contrat de mandat liant les administrateurs mandataires à la société mandante, seule la société mandante a qualité pour agir en responsabilité sur le fondement de l'article 1992 alinéa 1^{er} C. civ. (arg. art. 44, loi de 1867). On sait comment les choses se passent dans la pratique : l'assemblée des actionnaires révoquera les administrateurs coupables, en nommera de nouveaux et chargera ceux-ci de poursuivre les anciens. On dit qu'en pareil cas l'action exercée est l'action sociale en responsabilité. Cette action peut être intentée soit au nom de la société par les nouveaux administrateurs, — c'est l'action sociale proprement dite, — soit par plusieurs actionnaires ou même par un seul, — on dit alors que l'action sociale est exercée à titre individuel (79). De toutes façons, quel qu'en soit le mode d'exercice, l'action sociale en responsabilité sur le fondement de l'article 1992 C. civ. ne peut appartenir qu'au mandant et à lui seul : c'est la logique même. Par conséquent, elle appartient à la so-

(79) On sait que le législateur (art. 17 et 39 de la loi de 1867) a voulu faciliter l'exercice à titre individuel de l'action sociale en autorisant la constitution de groupements d'actionnaires capables d'agir s'ils représentent un vingtième du capital social.

ciété, c'est-à-dire aux actionnaires qui ont conféré le mandat dont s'agit aux administrateurs coupables, mais elle n'appartient pas aux nouveaux souscripteurs qui étaient étrangers à la société avant la nouvelle émission, qui n'ont pris aucune part à la nomination des administrateurs et qui ne peuvent, de ce fait, invoquer la qualité de mandant indispensable pour poursuivre sur le fondement de l'article 1992 C. civ. Tout cela est extrêmement simple : c'est la conséquence directe de l'interprétation de l'article 44 de la loi de 1867 par référence au droit commun du mandat civil (art. 1992 C. civ.) ; c'est la conséquence du caractère contractuel que nous avons assigné, par hypothèse, à la faute des administrateurs.

Action en responsabilité fondée sur l'art. 1382 C. civ.

Mais on peut raisonner tout autrement. Supposons qu'il soit démontré en fait qu'il s'agit d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, au sens des articles 1382 et suivants C. civ. Alors, tout change. La discrimination que nous étions obligés d'établir avec l'article 1992 C. civ. parmi les nouveaux souscripteurs, n'a plus de raison d'être. La distinction entre les anciens actionnaires et les nouveaux disparaît totalement. Chacun, en effet, est fondé à agir en responsabilité sur le fondement des articles 1382 et suivants C. civ. s'il a éprouvé un préjudice, s'il y a eu faute et s'il peut rapporter le lien de cause à effet entre celle-ci et celui-là.

Action sociale et action individuelle

Quant au point de savoir si l'action sera sociale ou individuelle, il dépendra du caractère du préjudice : l'action sera sociale si le préjudice intéresse d'une façon générale la masse des actionnaires (80) ; si, au contraire, la faute atteint seulement tel actionnaire déterminé ou tel groupe d'actionnaires, l'action sera individuelle : elle figurera non dans le patrimoine social, mais dans le patrimoine des actionnaires lésés et ne pourra être intentée que par ces actionnaires (81).

Refermons la parenthèse ouverte sur ce problème délicat de la dualité des fautes et revenons aux règles du mandat. Pour en terminer avec la situation des administrateurs, nous ajouterons à ce que nous avons déjà dit les quelques observations suivantes.

Responsabilité du mandant à l'égard des tiers.
Art. 1998 C. civ. Art. 1384 C. civ.

On sait que le mandataire qui s'est rendu coupable d'agissements frauduleux ne représente plus son mandant

(80) En ce sens : Req., 16 février 1909, *Pand. franç.*, 1911, 1, 109.

(81) Sur le criterium de l'action sociale et de l'action individuelle, v. note PERROUD, sous Req., 26 janvier 1910, analysé au texte, *Pand. franç. loc. cit.* Pour certains auteurs le criterium résiderait dans le caractère contractuel ou délictuel de la faute commise : l'action sociale correspondrait à la faute contractuelle et l'action individuelle à la faute délictuelle ou quasi-délictuelle. En ce sens : VILLEMEN, *Des actions sociales et individuelles dans les sociétés*, p. 39 et suiv. Cette formule appelle sans doute quelques réserves. V. not. note LABBÉ, sous Cass., 3 décembre 1883, S. 1885, 1, 97. Sur le cumul possible de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, v. Ch. civ. cass., 13 mars 1901, S. 1903, 1, 67.

et reste tenu personnellement des conséquences de son délit ou de son quasi-délit civil. Cette règle de bon sens s'inspire de l'article 1998 C. civ. S'il fallait l'appliquer dans son intégralité aux administrateurs de la société anonyme, on devrait décider que toutes les fois que les administrateurs commettent une infraction de caractère délictuel dans l'exercice de leurs attributions, ils engagent leur responsabilité personnelle mais non celle de la société. Cette solution, conforme sans doute au droit commun du mandat, mais peu favorable aux tiers qui ont traité de bonne foi avec les administrateurs agissant au nom de la société, a été écartée à plusieurs reprises par la Cour de cassation (82). La Cour suprême a estimé, en effet, que toute société anonyme pouvait être déclarée responsable des fautes commises par ses administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions (83) sur le fondement de l'article 1384 C. civ. (83 *bis*). Y a-t-il donc là une différence à signaler entre la situation de l'administrateur et celle d'un mandataire ordinaire ? Au premier abord, on serait tenté de le croire. Au fond, il n'en est rien car la même solution paraît avoir été consacrée dans les rapports entre mandants et mandataires, en matière de mandat pur et simple (84). En conclusion, la société comme tout man-

(82) V. not. Cass., 12 novembre 1907, D. 1908, 1, 87, S. 1910, 1, 498. — AUBRY et RAU, § 415, texte et note 13 *bis*.

(83) Req. rej., 14 juin 1847, S. 1848, 1, 37 ; Ch. civ. rej. (société en commandite), 11 avril 1876, S. 1879, 1, 292.

(83 *bis*) V. not. Req., 30 juillet 1895, S. 1896, 1, 288 et Req., 7 août 1906, S. 1907, 1, 88, *Journ. Soc.*, 1907, p. 156.

(84) V. not. Req., 20 janvier 1880, S. 1880, 1, 412, et la note. *Adde* : Ch. civ., 25 juin 1889, S. 1891, 1, 123. Il faut reconnaître cependant que ces deux hypothèses, la dernière surtout, ne sont pas très décisives. En

dant est responsable, vis-à-vis des tiers de bonne foi, des faits et gestes de ses mandataires, les administrateurs, dans la mesure où ceux-ci peuvent être considérés également et en outre comme des préposés (au sens de l'art. 1384 C. civ.) librement choisis par elle. Nous ajouterons que ce déplacement de la responsabilité sur la base de l'article 1384 C. civ. nous a paru s'opérer plus facilement en jurisprudence lorsqu'on raisonne sur des mandataires légaux (85) que lorsqu'il s'agit de mandataires purement conventionnels. A cet égard et sous ce point de vue, par conséquent, les administrateurs de la société anonyme feraient figure de mandataires légaux.

Application de l'article 1995 C. civ. à la responsabilité des administrateurs

Voici un autre point relatif à la responsabilité des administrateurs et à l'interprétation de l'article 44 de la loi de 1867. Nous disions plus haut que, à la différence des sociétés par intérêts, l'organe de gestion des sociétés anonymes ou par actions était constitué non par des individus mais par une collectivité, non par chaque administrateur mais par le conseil d'administration. Le principe est juste, sans doute, mais il ne faudrait pas en tirer des conséquences trop lointaines. Il ne faudrait pas en déduire, par exemple, que la responsabilité des administrateurs

dernière analyse, nous doutons encore que l'article 1384 soit applicable comme tel au mandant comme tel, à moins bien entendu qu'on arrive à voir dans le mandataire un préposé proprement dit. En ce sens : E. BARTIN, *Dispositions impératives et dispositions interprétatives de volonté* (1925-1926), p. 510 et 511.

(85) V. en matière de tutelle, Req. rej., 21 mars 1893, S. 1895, 1, 241, note WAHL.

est, en règle générale, une responsabilité collective. Au contraire l'article 1995 C. civ. retrouve ici sa pleine application. Le principe est celui de la responsabilité individuelle (86). Ainsi du moins ont été interprétés les termes assez obscurs de l'article 44 de la loi de 1867 qui déclare que les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement « selon les cas ». Les tribunaux ont tiré de cette disposition, avec le principe sus-énoncé, le pouvoir d'apprécier la part de responsabilité encourue par chaque administrateur (87). Seule la faute collective, commune ou indivisible entraîne la solidarité (88).

Les administrateurs sont des mandataires salariés.
Conséquence. Art. 1992, alinéa 2 C. civ.

Dans l'appréciation du degré de responsabilité des administrateurs, la jurisprudence n'a pas manqué d'observer que les administrateurs sont le plus souvent des mandataires salariés et que, conformément aux dispositions de l'article 1992, alinéa 2 C. civ. (89). Malheureusement, on a tiré de ce texte des conséquences qui paraissent

(86) V. *supra*, texte et note 63.

(87) Cass., 3 décembre 1890, S. 1891, 1, 389, D. 1891, 1, 117. — On n'applique donc pas ici le principe couramment admis en matière commerciale, aux termes duquel la solidarité est présumée, *supra* Introduction, texte et notes 18 à 23.

(88) Faute collective, Paris, 1^{er} août 1868, D. 1869, 2, 65. — Comp. *supra*, note 64. *Adde* : Cass., 18 mars 1891, *Rev. Soc.*, 1891, p. 257, D. 1891, 1, 401, S. 1894, 1, 70. Faute commune et indivisible, Cass., 16 décembre 1891, S. 1893, 1, 81, D. 1891, 1, 179 et 5 mai 1896, S. 1896, 1, 345, D. 1897, 1, 20. L'appréciation des juges du fait est d'ailleurs souveraine, Cass., 3 mars 1869, D. 1869, 1, 200.

(89) Req. rej., 13 janvier 1869, S. 1869, 1, 209, D. 1870, 1, 121 ; Paris, 1^{er} août 1868, D. 1869, 2, 65. — Comp. AUBRY et RAU, § 413, note 2.

sent bien en dépasser la portée et qui sans doute n'eussent pas été admises sur le seul terrain du mandat civil. C'est ainsi, par exemple, que des Cours d'appel ont décidé que l'interprétation du mandat des administrateurs devait être plus stricte lorsque les contrats qu'ils avaient passés engageaient pour longtemps l'avenir de la société. Il n'est guère possible, croyons-nous, de dégager de ces arrêts une formule moins flottante (90).

Conclusion

En résumé, sur cette question de la responsabilité (art. 44 de la loi de 1867), s'agissant des rapports entre la société anonyme et ses administrateurs ou des rapports de la société ou des administrateurs avec les tiers, nous pouvons conclure que, réserve faite de quelques points particuliers (art. 1998 et 1384 C. civ. ; art. 1992, al. 2 C. civ.), il n'y a pas de différence de fond véritable à établir entre un administrateur et un mandataire ordinaire, au sens de la loi civile. On doit même noter qu'à certains égards la situation de l'administrateur se rapprocherait plutôt de celle d'un mandataire civil que de celle d'un mandataire commerçant (art. 1995 C. civ.).

Cela posé, sommes-nous autorisés à conclure de façon définitive à l'assimilation complète de l'administrateur au mandataire ?

Lorsque nous nous sommes posé la même question à propos du gérant, nous avons indiqué les raisons que

(90) Nancy, 12 décembre 1842, S. 1843, 2, 381 ; Bordeaux, 6 août 1853, S. 1855, 2, 717 ; Arg. Cass., 22 janvier 1867, précité.

nous avons de douter. Nous avons dit pourquoi il nous paraissait difficile d'attribuer sans réserve aucune au gérant la qualité de mandataire pur et simple. Nous avons rappelé qu'en ce qui concerne notamment la détermination des pouvoirs du gérant, les règles suivies par la jurisprudence n'ont qu'une parenté assez lointaine avec celles du droit commun du mandat civil. Or, sur ce dernier point, s'agissant des pouvoirs des administrateurs, nous n'avons pu que reproduire les mêmes réserves. Nous avons dû en ajouter d'autres touchant la possibilité pour certains représentants de la société anonyme de se substituer un tiers dans l'exercice de leurs fonctions (art. 22 de la loi de 1867). Bref, il devient évident que l'ensemble de la réglementation du contrat de mandat civil ne peut être transporté à notre matière que moyennant de sérieuses modifications. Voilà bien l'idée générale sous laquelle nous avons essayé, chemin faisant, de placer quelques précisions. Cette idée, nous allons en trouver la confirmation pour la troisième fois en étudiant la situation des liquidateurs.

Troisième point. Situation des liquidateurs

Jusqu'ici, nous avons des textes, ceux du Code de commerce ou ceux de la loi de 1867. En matière de liquidation, c'est un procès-verbal de carence qu'il faut dresser contre le législateur. Si l'on met à part un seul article du Code de commerce, d'ailleurs, obscur (91), aucune disposition légale *ad hoc* ne réglemente la liqui-

(91) Article 64 C. com.

dation des sociétés. La jurisprudence a donc été obligée d'établir elle-même les règles que le législateur avait omis d'indiquer. Nous verrons plus loin (92) dans quelle mesure elle a pu emprunter au droit commun des successions ou de l'indivision. Notre tâche ici est seulement de déterminer, si possible, la mesure dans laquelle elle a emprunté au droit commun du mandat.

Req., 2 juin 1836 et 5 mars 1850. Jurisprudence

De très bonne heure, la Chambre des requêtes fut appelée à statuer sur la situation du liquidateur et sur les pouvoirs qu'il convenait de lui reconnaître (Req. rej., 2 juin 1836, D. 1836, 1, 280) ; ce fut pour l'assimiler au mandataire ordinaire et pour lui refuser en conséquence le droit de conférer une hypothèque sur un immeuble de la société. Un peu plus tard, la même juridiction (Req. rej., 5 mars 1850, D. 1850, 1, 167) reproduisait à peu près la même formule, en remarquant toutefois que « l'analogie reconnue par la jurisprudence entre les pouvoirs du liquidateur et ceux du mandataire ne peut être étendue jusqu'au point de refuser absolument à un liquidateur, en vertu de l'article 1998 C. civ., le droit d'aliéner les valeurs mobilières de la société, droit sans lequel toute liquidation serait souvent impossible, ni, par conséquent, celui de donner des valeurs en nantissement, ce mode de disposition étant moins étendu que l'aliénation elle-même, etc... ».

(92) *In/ra*, chap. III.

Ces deux décisions marquent, à notre avis, le point de départ de toute cette jurisprudence, très abondante, qui, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, a fixé de façon à peu près définitive la situation des liquidateurs de sociétés. Nous ne pouvons que passer en revue, très rapidement, les résultats acquis puisque aussi bien nous allons rencontrer des raisonnements en tous points semblables à ceux que nous avons analysés précédemment.

Nomination. Révocation

Plusieurs procédés de nomination peuvent être employés. Lorsque le liquidateur est un associé et qu'il a été désigné par les statuts, on considère que sa nomination est devenue un élément du pacte social, qu'elle était la condition de son entrée dans la société et qu'il doit être admis, par conséquent, à prétendre aux fonctions de liquidateur et à refuser de s'en dessaisir après les avoir acceptées (93). Que si, au contraire, le liquidateur a été nommé à l'époque de la dissolution, en vertu d'un contrat extérieur, par conséquent, au pacte social,

(93) Mais, pour des motifs graves, les juges du fond peuvent décider de remettre la liquidation à une autre personne que celle désignée par le pacte social. Cass., 20 avril 1873, D. 1875, 1, 32 ; Cass., 27 mars 1893, D. 1893, 1, 440. — Comp. *supra*, références note 46. Il est curieux de noter qu'une solution analogue a été admise en matière de succession bénéficiaire, les tribunaux se réservant en effet la faculté de nommer un administrateur provisoire lorsque l'héritier s'est montré incapable d'administrer, Paris, 5 juin 1891 et 9 février 1892, S. 1893, 2, 113, note critique WAHL ; v. sur ce point AUBRY et RAU, § 618, note 22. Pour les sociétés en commandite par actions, art. 17, loi de 1867, v. Civ. rej., 19 février 1884, S. 1886, 1, 69 ; AUBRY et RAU, § 412, note 11 *ter*.

il est alors révocable *ad nutum* (94). Enfin, le liquidateur peut être nommé par le tribunal. Certains auteurs décident qu'en pareil cas la révocation ne peut être prononcée que par autorité de justice (95).

Le liquidateur représente-t-il la société personne civile ou les associés ?

Quoi qu'il en soit de ce point particulier relatif à la révocation, il est hors de doute qu'en règle générale, pour ne pas dire toujours, le liquidateur est présenté dans les arrêts comme un mandataire. Mais quel est donc son mandant ? Est-ce la société personne civile ? Ne serait-ce pas plutôt les associés ? Toute liquidation suppose en effet une dissolution préalable de la société. C'est parce que la société est dissoute, qu'il convient de la liquider. Comment peut-on admettre, dans ces conditions, que le liquidateur représente la société puisque, par hypothèse, celle-ci n'existe plus ? Désormais, semble-t-il, nous sommes seulement en présence de coassociés, simples coindivisaires qui ont chargé un tiers ou l'un d'entre eux de liquider leurs rapports respectifs. Ce qui revient à dire notamment que le liquidateur est comptable, non vis-à-vis d'une masse susceptible de décider suivant la loi de la majorité, mais vis-à-vis de comandants qui ne peuvent, conformément d'ailleurs au droit commun, que décider à l'unanimité.

(94) Par l'assemblée générale qui l'a nommé, à la condition que l'assemblée ait été autorisée à cet effet par les statuts. Lyon, 19 juillet 1898, S. 1901, 2, 257. — Comp. *supra*, références note 47.

(95) En ce sens : PIC, n° 626.

La jurisprudence a répondu ici par une formule sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, formule intéressante, pleinement justifiée, sans doute, dans sa portée pratique, mais qui ne laisse pas de paraître très originale par rapport aux principes (96). Par l'effet d'une fiction, couramment admise aujourd'hui, les sociétés commerciales pourvues de la personnalité civile continuent d'exister en tant que personne civile pour tous les besoins de leur liquidation (97). Le liquidateur représente, par conséquent, la société personne civile et non les associés considérés *ut singuli*.

Art. 2003 C. civ.

Une conséquence importante a été tirée de cette idée en ce qui concerne l'application de l'article 2003 C. civ. aux rapports de la société et du liquidateur. On sait que le mandat fini par la mort, l'interdiction ou la déconfiture du mandant ou du mandataire (article 2003 C. civ.). A la déconfiture la jurisprudence a depuis longtemps assimilé, sous ce point de vue, la faillite du mandant ou du mandataire commerçant. Du principe que la personnalité civile de la société est réputée survivre à la dissolution pour les besoins de la liquidation, il était logique de déduire que si le mandat du liquidateur est révoqué par la faillite de la société (98),

(96) *Infra*, chap. III, texte et références note 4.

(97) V. not. Ch. civ., 7 novembre 1898, S. 1899, 1, 269, et Req. rej., 28 février 1894, S. 1898, 1, 266. — Conséquence de procédure dérivée du même principe, Cass., 7 novembre 1898, D. 1903, 1, 233, note Prc.

(98) Sur la possibilité de déclarer en faillite une société dissoute, v. Orléans, 9 mars 1894, D. 1895, 2, 265, note BOISTEL.

il ne l'est pas nécessairement par celle des associés.

Cette distinction entre la faillite de la personne civile et la faillite individuelle des associés a été en effet consacrée par les tribunaux (99), mais nous ajouterons qu'un arrêt de la Chambre des requêtes (Req. rej., 21 janvier 1874, S. 1874, 1, 312) semble avoir résolu la difficulté, dans l'hypothèse d'un liquidateur nommé par autorité de justice, en écartant purement et simplement la disposition de l'article 2003 C. civ. pour maintenir les pouvoirs du liquidateur même au cas de faillite de la société, le liquidateur étant alors chargé d'assister le syndic dans les opérations de la faillite, celui-ci représentant les créanciers sociaux et celui-là la personne civile débitrice (100).

Voilà, par conséquent, un premier point établi : le

(99) Bien entendu, elle ne présente d'intérêt que dans les cas où la faillite d'un associé n'entraîne pas *ipso facto* celle de la société. Sur les conséquences de cette même distinction quant à la prolongation des pouvoirs des administrateurs, v. Paris, 12 mars 1869, S. 1871, 2, 233, note LYON-CAEN et Tribunal de commerce de la Seine, 16 décembre 1901, *Journ. Soc.*, 1904, p. 122. — *Contra* (liquidation amiable) : Nîmes, 8 mai 1908, *Journ. Soc.*, 1910, p. 63. Cf. AUBRY et RAU, § 416, note 14.

(100) Adde : Orléans, 9 mars 1894, D. 1895, 2, 265, note BOISTEL. Ni la Chambre des requêtes, dans l'arrêt rapporté au texte, ni la Cour d'Orléans n'écartent la disposition de l'article 2003 C. civ. pour d'autre motif que celui tiré de la nécessité de nommer, au cas contraire, un nouveau représentant de la société chargé de poursuivre la liquidation. Certains considérants de l'arrêt du 21 janvier 1874 laissent supposer néanmoins que si la faillite prononcée après la dissolution était imputable *parte in qua* à la mauvaise gestion du liquidateur, la sanction de l'article 2003 C. civ. pourrait réapparaître ; le tribunal n'aurait qu'à procéder alors à la nomination d'un nouveau liquidateur, « pour ne pas priver la société de tout représentant ».

liquidateur est un mandataire de la société personne civile. Mais ne représente-t-il que la société ? A l'occasion des opérations que suppose la liquidation, le liquidateur n'est-il pas amené à représenter d'autres personnes, les créanciers sociaux, par exemple ?

Le liquidateur représente-t-il les créanciers sociaux ? Mandat exprès

A première vue, cette réunion sur la tête du même mandataire de deux missions inspirées d'intérêts opposés, ne paraît guère possible, étant donné surtout ce que nous savons de la situation faite par la jurisprudence au gérant, dans des hypothèses exactement semblables (101). Pourtant, à la réflexion, le problème appliqué au liquidateur se présente sous un jour assez différent. L'opposition d'intérêts entre les créanciers sociaux et les coassociés est en effet plus apparente que réelle : tous sont intéressés directement à une bonne liquidation des affaires entreprises ; aussi n'est-il pas rare que les créanciers sociaux se mettent d'accord avec les associés pour procéder à la nomination du liquidateur. En pareil cas, il n'y a pas de difficulté, au moins en principe. Le liquidateur est sans conteste le mandataire des créanciers sociaux qui se sont joints volontairement aux associés ou à la société personne civile pour lui confier mandat exprès à l'effet de les représenter. Sous réserve des controverses que soulève la possibilité pour un même mandataire de représenter dans une même opération ou dans une même série d'opérations les deux parties

(101) *Supra*, texte et notes 57 à 59.

contractantes (102), nous pouvons dire que les créanciers sociaux, d'une part, et les coassociés ou les représentants de la société personne civile, d'autre part, font figure de comandants par rapport au liquidateur commun (103).

Théorie du mandat tacite

Tout cela est relativement simple parce que nous supposons à l'origine un mandat exprès, proprement dit, donné au liquidateur. Mais on a été beaucoup plus loin. On a affirmé que, dans certaines circonstances de fait, le liquidateur représentait les créanciers sociaux, en dehors de toute convention expresse préalablement établie. Il peut arriver, par exemple, que les créanciers sociaux, satisfaits de la gestion du liquidateur nommé par la société, s'abstiennent d'exercer leur droit de poursuite. Cette attitude équivaut-elle de leur part à un mandat tacite ? La question présente un intérêt

(102) Ce point semble avoir attiré l'attention des magistrats de la Chambre des requêtes, dans une hypothèse spéciale. Req., 14 mai 1890⁴ D. 1891, 1, 241, note BOISTEL.

(103) V. Req. rej., 7 janvier 1868, S. 1868, 1, 172. En cas de difficulté soulevée par l'interprétation du contrat de mandat, tous les comandants devront intervenir à l'instance et s'il suffit que la société personne civile soit représentée par ses organes habituels, par contre, tous les créanciers sociaux doivent figurer dans la poursuite ; ils ne peuvent, en effet, dans le silence de la loi, invoquer à leur profit les prérogatives reconnues à la masse des créanciers constituée en matière de faillite. Par conséquent, si le liquidateur peut être et est le plus souvent le mandataire des associés envisagés *ut universi*, il n'est jamais que le mandataire des créanciers sociaux *ut singuli*. En ce sens : Rouen, 1^{er} avril 1881, D. 1882, 2, 92, et la note. Conséquence sur la révocation du liquidateur qui suppose l'accord unanime des comandants, Rennes, 7 juin 1865, S. 1865, 2, 339 et Req., 12 juillet 1810, rapporté en note.

indiscutable. L'idée de mandat tacite a été invoquée notamment pour dénier aux créanciers sociaux le droit de poursuite *individuelle* tant que dure la liquidation ; on s'en est servi également pour obliger le liquidateur à rendre compte et à demander *quitus* non seulement aux associés mais aux créanciers sociaux (104). Au fond, cette théorie qui a pu être soutenue par quelques auteurs, ne trouve absolument aucune base certaine dans la jurisprudence. Nous n'avons pu relever aucune décision qui en admette directement ou indirectement le principe : à défaut de stipulations expresses, le liquidateur ne représente pas les créanciers sociaux ; il n'est que le mandataire des coassociés ou de la société (105).

Pouvoirs du liquidateur

Mais c'est bien un mandataire de caractère spécial et non un mandataire ordinaire dont le contrat relèverait en tous points du droit commun de la loi civile. Ainsi, ce serait une erreur manifeste de s'en rapporter aux règles relatives au mandat conçu en termes généraux (art. 1988 C. civ.) pour déterminer de façon exacte l'étendue des pouvoirs du liquidateur lorsque l'acte de nomination ou le contrat auquel il se réfère, ne contient aucune disposition restrictive particulière et se borne à conférer à la personne chargée de la liquidation « les pouvoirs les plus étendus ». Nous avons déjà rencontré des clauses

(104) Comp. article 1859 C. civ. Req., 4 février 1852 (société civile), D. 1852, 1, 82, et Paris, 17 août 1880 (société en commandite), *Journ. Soc.*, 1880, p. 569.

(105) V. not. Req. rej., 14 mai 1890, précité.

de ce genre (106). S'agissant du gérant, nous avons vu que si les exceptions apportées en cette matière au droit commun étaient nombreuses et considérables quant à leur portée, le principe ou, si l'on préfère, le point de départ demeurerait néanmoins celui de la loi civile, et qu'en conséquence, l'activité du gérant même investi des pouvoirs les plus larges, devait se limiter aux seuls actes d'administration. Ici, il est hors de doute que ce principe subit une éclipse radicale et complète. C'est même, semble-t-il, du principe diamétralement opposé que part aujourd'hui la jurisprudence quand elle reconnaît au liquidateur le pouvoir de faire tous les actes nécessaires à l'accomplissement de sa mission (107), et comme liquider, c'est réaliser l'actif social, le liquidateur doit, en tout premier lieu, être autorisé à faire des actes de disposition. Il commencera par liquider l'actif mobilier, et si ces opérations ne permettaient pas de faire face au passif, il pourra aliéner les immeubles de la société (108). De même, si les immeubles étaient reconnus impartageables, ils pourraient être vendus (109). Investi des pouvoirs les plus larges, le liquidateur serait encore qualifié pour transiger, « au mieux des intérêts de la liquidation » (110), et le pouvoir de transiger, s'il était

(106) *Supra*, texte et notes 37 à 42.

(107) Req., 5 mars 1850, précité et not. Req., 24 juillet 1871, D. 1871, 1, 199 ; Req., 18 février 1903, S. 1904, 1, 191.

(108) V. la formule extrêmement large du Tribunal civil de Bordeaux, 12 août 1885, sous Bordeaux (confirm.), 30 mars 1886, S. 1888, 2, 181. — Comp. Req., 15 novembre 1887, S. 1888, 1, 410.

(109) Req., 24 juillet 1871, et Bordeaux, 30 mars 1886, précités.

(110) Req., 18 février 1903, précité. On a invoqué parfois l'article 487 C. com. pour justifier la possibilité de transactions portant sur un intérêt modique. — Comp. *supra*, note 39.

donné par mandat exprès, impliquerait celui de compromettre (111). Toutes solutions manifestement étrangères au droit commun du mandat.

Cession de l'actif et du passif social

De grosses difficultés ont été soulevées par une opération à laquelle les liquidateurs ont parfois songé, car elle peut être avantageuse non seulement pour les coassociés, mais aussi pour les créanciers sociaux ; il s'agit de la cession globale de l'actif et du passif social. Au lieu de procéder par aliénations successives, le liquidateur réalise en bloc l'actif social qu'il cède à une société nouvelle ou à un individu (112), puis il utilise le prix de la cession au remboursement du passif. Ou bien encore le liquidateur cède à la fois l'actif et le passif de la société à un tiers qui s'en rend acquéreur moyennant une somme déterminée ; cette somme est remise au liquidateur qui la répartit sous forme de partage entre les coassociés (113). Envisagée sous cette dernière forme et du point de vue civil, il est clair que l'opération serait impossible puisque, en droit civil français, la transmission de l'universalité du patrimoine ne peut se faire qu'après la mort de la personne (114) ; il est admis

(111) Douai, 9 juillet 1887, *Rev. Soc.*, 1888, p. 303. Solution contraire au droit commun du mandat civil, AUBRY et RAU, § 412, texte et note 9 ; Aix, 6 mai 1812, S. 1813, 2, 205.

(112) Cass., 20 mars 1860, D. 1860, 1, 398.

(113) Trib. civ. de Douai, 11 juillet 1888, *Le Droit*, 17 novembre 1888.

(114) A moins peut-être de voir dans le patrimoine d'une société (personne civile) qui est dissoute mais qui n'est pas encore liquidée, non une universalité juridique, *universitas juris*, mais une simple universalité de fait, *universitas facti* (Cf. sur le principe de cette distinction en droit

au contraire que la société personne civile peut parfaitement donner mandat au liquidateur de céder en bloc le patrimoine social à un tiers (Cass., 28 mars 1877 D. 1877, 1, 501). On s'est même demandé, en présence de la jurisprudence extensive dont nous rapportons tout à l'heure les principaux monuments, si le liquidateur investi « des pouvoirs les plus étendus » ne pouvait pas puiser dans la généralité de son mandat le droit de procéder à cette cession globale du patrimoine social. La Cour de cassation (115) a estimé qu'en raison de la gravité exceptionnelle de l'opération et de ses conséquences, un pouvoir spécial était indispensable au liquidateur (116).

Responsabilité

Pour en terminer avec la situation du liquidateur, il nous suffira d'indiquer que sa responsabilité, comme celle du gérant ou de l'administrateur, est une responsabilité à double face, fondée tant sur l'article 1992 C. civ.

civil moderne, CAPITANT, *Rev. trim.*, 1923). Mais cette opinion paraît bien incompatible avec le principe aux termes duquel la personnalité civile survit à la dissolution, même compte tenu de ce que les effets de ce principe sont strictement limités aux besoins de la liquidation. En tout cas, il y a une différence fondamentale à relever ici entre le patrimoine de la société personne civile et le patrimoine des personnes physiques, lequel, par essence, est inaliénable. V. AUBRY et RAU, § 577. Cf. *infra*, chap. III.

(115) Cass., 28 mars 1877, précité.

(116) La cession globale de l'actif et du passif social soulève encore d'autres difficultés que nous n'avons pas à exposer ici. On comprend aisément, par exemple, qu'une opération de cette importance intéresse au premier chef les créanciers sociaux qui peuvent en demander l'annulation si elle porte atteinte à leurs droits ; elle implique, en effet, novation par changement de débiteur, et en aucun cas la novation ne saurait être présumée (art. 1273 C. civ.). Par conséquent, la ratification des créanciers sociaux est nécessaire (Cass., 28 mars 1877, précité).

que, le cas échéant, sur les articles 1382 et suiv. C. civ. (117). Naturellement, le liquidateur est comptable de sa gestion vis-à-vis de tous ses mandants, c'est-à-dire à l'égard non seulement de la société ou des coassociés, mais aussi des créanciers sociaux lorsque ceux-ci lui ont donné eux-mêmes mandat (118).

Art. 1995 C. civ.

Enfin, en cas de pluralité de liquidateurs, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'article 1995 C. civ. (119).

Conclusion générale

Deux observations générales peuvent, croyons-nous, être dégagées de la substance de ce premier chapitre consacré aux règles du mandat.

Le contrat de mandat en matière commerciale

Voici un contrat de mandat véritable, qui se présente à nous avec tous les caractères du contrat de mandat tel qu'il a été prévu, défini, réglementé par la loi civile. C'est un mandat à l'état pur, si nous pouvons ainsi parler. Nous le supposons isolé de tout autre contrat généralement quelconque. C'est un mandat qui, par hypothèse, relève de la loi civile. Transportons-le aux

(117) Comp. *supra*, texte et notes 74 et 75. Au regard des associés le liquidateur est responsable de sa faute lourde (faute contractuelle). V. not. Cass., 21 novembre 1893, D. 1894, 1, 269.

(118) Req. rej., 7 janvier 1868, Rennes, 7 juin 1865, et Paris, 17 août 1880, précités.

(119) Bordeaux, 31 janvier 1895, *Rev. Soc.*, 1895, p. 622. — Comp. *supra*, texte et notes 63 et 87.

rapports entre personnes commerçantes, ou encore, appliquons-le à une opération de nature commerciale. Alors, il n'est plus absolument certain que la réglementation civile et de droit commun du contrat de mandat lui puisse être appliquée dans son intégralité. Répétons-le : sans doute, nous sommes en dehors de l'influence de toute autre opération étrangère au mandat ; il ne s'agit point non plus d'un de ces mandats de caractère particulier que réglemente la loi commerciale, comme le contrat de commission, par exemple ; non, nous sommes en présence d'un mandat proprement dit, et pourtant, par le seul fait que nous l'avons transporté sur le terrain des rapports de caractère commercial, tout change : nous ne pouvons plus affirmer qu'il relèvera, en tous points, du droit commun tel que l'a établi la loi civile. Des règles importantes, fondamentales, qui déterminent en matière civile l'étendue du mandat, par exemple, ou le degré de responsabilité du mandataire, ou encore les effets de la solidarité des comandants, etc... tout cela, — nous l'avons vu, — est susceptible de fléchir devant des règles nouvelles dont l'imprécision ne le cède malheureusement en rien à la force obligatoire. La réglementation civile fournit les bases de la matière, voilà, bien entendu, un principe certain, indiscutable ; mais qui ne nous conduit pas extrêmement loin. En effet, il nous échappe bientôt au profit de règles manifestement étrangères aux conceptions du législateur civil. C'est que, tous comptes faits, la réglementation civile ne nous donne qu'un cliché rigide qui, pour satisfaire à cette notion proprement indéfinissable et si souvent

invoquée dans les arrêts, des « exigences du commerce », doit subir, à l'occasion, les modifications nécessaires.

Voilà, par conséquent, un premier point. Il ne laisse pas d'être assez inquiétant pour le civiliste toujours soucieux de quelque rigueur dans le raisonnement.

Et voici un second point, dans un tout autre ordre d'idées.

Contrat de mandat et contrat de société

Si, en cette matière des sociétés commerciales ou civiles — peu importe ici la différence, — nous avons rencontré tant de difficultés pour interpréter ou, plus simplement, pour faire fonctionner les règles du droit commun du mandat, ce n'est pas sans doute pour ce seul motif qu'il est indispensable de réserver un régime particulier aux rapports de nature commerciale. Non. Nous avons là, sous roche, une raison beaucoup plus profonde et qui intéresse au premier chef le civiliste. L'idée n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle fut développée pour la première fois à notre connaissance, et de façon magistrale, par Labbé, il y a près d'un demi-siècle (V. note sous Req., 21 février 1883, S. 1884, 1, 361). A cette époque, la question avait été fortement agitée de savoir si, dans la société civile comme dans la société anonyme, chaque associé pouvait limiter sa participation aux pertes et aux dettes à la mesure de son apport (120). Certains auteurs interprétant notamment les dispositions des articles 1863 et 1864 C. civ. relatives aux pouvoirs d'administration du gérant, comme un

(120) La question a été résolue depuis par la loi du 1^{er} août 1893. V. *supra*, chap. prélim.

mandat légal (121) présumé, en tiraient l'impossibilité pour les coassociés de limiter leur responsabilité à l'égard des tiers, à moins d'une stipulation conventionnelle spéciale sur le mode d'administration (art. 1859 C. civ.) de la société civile. Labbé réfuta cette thèse en montrant quelle part il convenait d'accorder respectivement aux règles de la société et aux règles du mandat. C'est qu'en effet, mandat et société sont et restent dans notre droit deux contrats *nommés* au sens romain du mot (122); dès lors, il est peut-être imprudent sinon dangereux de vouloir ramener au diapason des règles du droit commun du mandat, les règles conventionnelles ou légales qui ont été établies en vue d'un contrat différent et distinct, le contrat de société. C'est pour avoir méconnu ce principe que les deux réglementations sont non seulement distinctes mais incommunicables de l'une à l'autre, qu'on n'a pas toujours évité les confusions. Malheureusement, outre qu'un contrat généralement quelconque, même *nommé*, peut impliquer un mandat à titre subsidiaire et accessoire, encore qu'il n'ait pas pour objet principal de conférer un mandat proprement dit à l'une des parties (123), il faut bien reconnaître que du contrat de société au contrat de mandat la pente est extrêmement glissante (124). Les chutes sont excusables.

(121) V. la présomption de mandat réciproque des coassociés admise seulement en matière commerciale, arg. Ch. civ. cass., 16 février 1853, D. 1853, 1, 47.

(122) AUBRY et RAU, § 383, note 2 *quater*. V. pour le contrat d'édition, Trib. com. Seine, 4 juin 1896, S. 1899, 2, 217, note ESMEIN.

(123) V. AUBRY et RAU, § 410, addition à la note 2 *in fine*.

(124) Req., 1^{er} février 1926 (association commerciale en participation), S. 1926, 1, 134.

CHAPITRE II

Point de vue commercial

Indivisibilité du contrat de société

Point de vue civil

Du principe de la relativité de la chose jugée et du fonctionnement comparé de l'article 1351 C. civ. en matière de mariage et en matière de sociétés

—

Le principe de l'autorité relative de la chose jugée (art. 1351 C. civ.) se rattache à une idée de bons sens dont la réalisation pratique n'est pas cependant sans présenter quelques difficultés. Pour s'en rendre compte, il n'y a qu'à considérer le nombre croissant des exceptions que la loi, la doctrine ou la jurisprudence ont apportées au principe initial. Parmi ces exceptions, certaines conduisent à reconnaître aux jugements qu'elles concernent une autorité plus que relative ; d'autres, plus tranchées et plus nettes, confèrent à l'autorité de la chose jugée un caractère absolu — au sens le plus large du mot. Nous envisagerons ici, plus particulièrement, deux d'entre elles ; nous les avons choisies dans deux domaines à première vue assez étrangers l'un à l'autre : la matière du mariage et la matière des sociétés. Nous verrons s'il ne serait pas possible de les rapprocher, de trouver entre elles un lien qui les rattacherait à une idée commune, une

double justification qui nous ramènerait à notre point de départ unique : l'article 1351 C. civ.

L'article 1351 C. civ., à considérer la généralité de ses termes, s'applique aussi bien aux jugements rendus sur l'état des personnes qu'aux jugements relatifs à la matière des contrats. C'est, en effet, un point certain sur lequel on ne discute plus aujourd'hui. Il y a lieu, toutefois, de préciser. De quels jugements s'agit-il au juste ? C'est ce que nous allons essayer de définir en examinant deux exemples concrets, deux hypothèses qui, l'une et l'autre, ont fait l'objet de nombreux commentaires et où, pour des raisons qu'il faudra rechercher, l'article 1351 C. civ. est précisément écarté.

Arrêt de la Cour d'Agen du 14 juin 1890

La première hypothèse est empruntée à un arrêt de la Cour d'Agen du 14 juin 1890 (D. 1891, 2, 153). Il s'agissait d'un mariage contracté entre deux personnes dont l'une avait été victime de violences. On sait qu'en pareil cas, l'action en nullité appartient au seul époux dont le consentement a été vicié. Cette action est exercée dans des conditions régulières et l'instance s'ouvre entre les deux époux ; elle aboutit à un jugement de nullité. Soixante-dix ans plus tard, l'enfant né de ce mariage veut se prévaloir dudit jugement. Le peut-il ? Il n'a pas été partie à l'instance. Comment, dès lors, pourrait-il invoquer un jugement auquel il est resté étranger ? L'article 1351 C. civ. s'y oppose, semble-t-il.

Arrêt de la Chambre des requêtes du 2 juillet 1873

Dans la seconde hypothèse, il s'agissait d'une société irrégulièrement constituée (Req. rej., 2 juillet 1873, S. 1873, 1, 305). C'était une société à responsabilité limitée qui avait été contractée sans que les formalités prévues par l'article 24 de la loi du 23 mai 1863 fussent observées. Aux termes de ce texte, la nullité peut, en pareil cas, être déclarée à la requête de l'un quelconque des intéressés — entendez : à la requête de l'un quelconque des associés ou à la requête de son représentant. En fait, ladite société résultait de la fusion antérieure de deux sociétés A et B. La société B tombe en faillite. Le syndic demande la nullité. Un jugement la lui accorde. Ce jugement peut-il être invoqué par les actionnaires de la société A qui n'ont pas été liés ni représentés à l'instance ? Ici encore, l'article 1351 C. civ. semble devoir faire obstacle à une prétention de ce genre.

Comparaison entre les deux solutions

Dans les deux cas, la jurisprudence a étendu l'autorité du jugement invoqué à d'autres personnes que celles qui l'avaient obtenu. La Cour d'Agen a décidé, en effet, que le jugement de nullité avait l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'enfant issu du mariage nul, — et la Chambre des requêtes s'est prononcée dans le même sens en reconnaissant à « tous les intéressés » le droit de se prévaloir du jugement prononçant la nullité de la société. Quelles conclusions pouvons-nous tirer de la similitude de ces deux décisions ? Pour être fixé d'une façon certaine sur ce

point, un examen préliminaire s'impose : il convient, en effet, de descendre dans le détail, d'analyser de plus près nos deux hypothèses, de déterminer, avec la plus grande précision possible, l'étendue de leur ressemblance ou de leur dissemblance.

Et tout d'abord, reprenons l'hypothèse de la Cour d'Agen. Il s'agissait, avons-nous dit, d'une nullité tenant au vice du consentement, — par conséquent, d'une nullité relative. Cette nullité, comme on sait, est essentiellement personnelle à l'époux dont le consentement a été vicié. Elle n'appartient ni aux ascendants, ni aux collatéraux, ni même aux créanciers qui pourraient songer à se fonder ici sur l'article 1166 C. civ. Nullité relative, action réservée exclusivement à une seule personne — la victime du vice du consentement — et cependant, quand elle aura été exercée, quand elle aura abouti à un jugement, ce jugement sera valable *erga omnes*, traduisez : le mariage sera considéré comme nul non seulement dans les rapports des époux entre eux, mais même vis-à-vis de toutes autres personnes.

Sans doute, ce résultat est éminemment souhaitable et il est inutile d'insister ici sur les conséquences proprement absurdes auxquelles conduirait, en notre matière, l'application de la règle de la relativité de la chose jugée. Quand nous en viendrons tout à l'heure aux jugements de nullité de société, nous constaterons de même que, sur ce terrain encore, le système de l'autorité relative comporterait de graves inconvénients : multiplicité des procès, contrariété possible des décisions, etc... Toutefois, ce ne sont pas là des raisons suffisantes pour nous autoriser à

écarter *de plano* et sans examen préalable une disposition aussi fondamentale que celle de l'article 1351 C. civ. De toute évidence, il nous faut chercher ailleurs les moyens de justifier les dérogations ainsi apportées par la jurisprudence au principe établi par ce texte.

**Distinction des jugements constitutifs et des
jugements déclaratifs de droits**

On songe tout de suite à une distinction qui a été longtemps invoquée pour expliquer l'étendue exceptionnelle de l'autorité de la chose jugée, dans certains jugements. Nous voulons parler de la distinction des jugements dits constitutifs et des jugements dits déclaratifs de droits (1). Ceux-ci, qui se bornent à reconnaître le droit de l'une des parties contre l'autre, comportent tout naturellement l'application de l'article 1351 C. civ. ; ceux-là, au contraire, qui créent un état nouveau et ne se bornent plus seulement à constater un état antérieur, échappent à la règle. Cette distinction et la conséquence qu'on en tire quant à l'étendue de l'autorité de la chose jugée, n'est contestée par personne. Mais quand serons-nous en présence d'un jugement constitutif ? Quand serons-nous, au contraire, en présence d'un jugement déclaratif ? Ici les controverses s'élèvent sur le criterium à adopter pour ranger tel jugement déterminé dans l'une ou dans l'autre catégorie.

Quant à nous, il nous paraît difficile d'admettre qu'un jugement rendu en matière de nullité de mariage, comme celui dont il était question dans l'hypothèse de la Cour

(1) AUBRY et RAU, § 769, note 62 *quater*.

d'Agen, soit un jugement constitutif de droit, emportant comme tel l'autorité absolue de la chose jugée. Nous n'avons pas à exposer ici les raisons qui, selon nous, justifient cette opinion. Tirons-en seulement cette conséquence que nous ne saurions, pour notre part, faire appel à la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits pour expliquer la solution que la Cour d'Agen a donné à la question qu'elle avait à résoudre.

Raisonnement de la Cour d'Agen

Comment la Cour d'Agen elle-même a-t-elle raisonné ? Elle semble s'en être tirée d'une façon ingénieuse. Elle a argumenté du caractère relatif de la nullité pour dire : puisqu'une seule personne a qualité pour demander la nullité, par là même il faut reconnaître que le jugement qui prononce ladite nullité s'impose *erga omnes*. Le tiers — l'enfant — n'avait qualité ni pour intenter l'action, ni pour intervenir à l'instance (art. 180 C. civ.) ; le jugement de nullité doit donc nécessairement avoir l'autorité de la chose jugée à son égard.

Le raisonnement, comme on voit, a une portée essentiellement limitée et il ne vaut que pour les nullités relatives. Pourrait-on l'appliquer et l'étendre aux hypothèses de nullité absolue, voire d'inexistence du mariage ? Cela paraît douteux. Pourtant, la solution — nous le répétons — est éminemment favorable ; elle s'impose même sous peine d'aboutir à des situations absurdes. L'annotateur de l'arrêt, M. de Loynes, a pu très justement souhaiter l'élargissement de la théorie consacrée par la

Cour d'Agen et son extension aux jugements qui constatent la nullité du mariage à l'égard des deux conjoints, pour quelque cause que ce soit. Il n'empêche que ce système conduit à n'appliquer l'article 1351 — en matière de mariage, c'est-à-dire en matière d'état et de capacité — que si une disposition formelle de la loi l'ordonne (1 *bis*). M. de Loynes va même plus loin puisqu'il conclut qu'« en matière d'état et de capacité, l'autorité des jugements ne serait régie par aucun principe général ; en matière de contrat ordinaire, au contraire, la chose jugée n'a qu'une autorité relative parce que le contrat ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes, parce qu'il ne nuit ni ne profite aux tiers (art. 1165 C. civ.) » (1 *ter*).

Voilà qui nous amène à l'examen de notre seconde hypothèse, empruntée celle-là à la matière des contrats, plus précisément à la matière du contrat de société. Il ne s'agit plus ici d'une nullité relative, mais d'une nullité absolue. L'action en nullité fondée sur l'inobservation des formalités prévues par l'article 24 de la loi du 23 mai 1863 peut être exercée par tout le monde. Il manque à la société un de ses éléments constitutifs. Si nous raisonnions en matière de mariage, nous pourrions aller plus loin ; nous ne dirions pas nécessairement : c'est un cas de nullité absolue ; nous dirions peut-être : c'est un cas

(1 *bis*) Cf. AUBRY et RAU, § 459, note 2 *quater*.

(1 *ter*) M. DE LOYNES ajoute par ailleurs que le mariage n'est pas un contrat pécuniaire mais un contrat d'une nature spéciale, régi par des règles particulières. Toute cette partie de son argumentation ne nous paraît pas convaincante ; elle revient presque à dire que le mariage est un contrat *sui generis*, ce qui n'explique rien quant au point de vue qui nous occupe ici.

d'inexistence. Cette inexistence de la société, le jugement de nullité ne fera que la constater. Ce sera, par excellence, un jugement déclaratif et non pas un jugement constitutif de droits (2). Ici, par conséquent, plus encore que dans l'hypothèse précédente, nous sommes fondés à écarter la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits. Si nous l'acceptons, nous serions logiquement conduits à une solution diamétralement opposée à celle de la Chambre des requêtes. En effet, si nous disons que nous sommes en présence d'un jugement déclaratif, par là même nous admettrons qu'il a seulement une autorité relative ; or, c'est précisément la solution contraire qui a été consacrée par l'arrêt du 2 juillet 1873.

Arrêt de la Chambre civile du 27 avril 1898

Cet arrêt de 1873 semble avoir été le premier à élargir ainsi l'autorité des jugements de nullité en matière de sociétés irrégulièrement constituées. Nous l'examinerons plus loin. Pour l'instant, il convient de nous arrêter à une autre décision très connue (Ch. civ. rej., 27 avril 1898, D. 1899, 1, 449) qui, reprenant la solution de l'arrêt de 1873, l'a étendue aux jugements de dissolution, en décidant que tout jugement définitif qui prononce la dissolution et la liquidation de la société à la requête d'un ou de plusieurs actionnaires, est opposable aux créanciers sociaux.

(2) *Contra* : HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., Paris, 1926, p. 632, n^o 486. — La question est d'ailleurs fortement controversée.

Remarquons immédiatement que la Chambre civile ne s'est prononcée, dans cet arrêt du 27 avril 1898, que sur une hypothèse de dissolution, — ce qui appelle sans doute quelques réserves. Quoi qu'il en soit de ce point sur lequel il faudra revenir, voyons comment la Cour de cassation a raisonné. Elle s'est fondée sur l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 qui donne à tout actionnaire le droit de demander en son nom personnel la dissolution de la société, sauf le droit des associés — entendez : le droit des associés ou des créanciers sociaux — de former tierce opposition à la décision qui l'a prononcée. Puisque les créanciers n'ont pas usé de cette faculté que leur reconnaît la loi de 1867 de faire tierce opposition et d'intervenir à l'instance, c'est, dit-on, qu'ils ont accepté le jugement intervenu. Leur inaction équivaut à une acceptation tacite ; elle autorise les actionnaires à leur opposer le jugement de dissolution, encore qu'ils n'aient pas été liés à l'instance. Ils pouvaient demander à l'être : ils ne l'ont pas fait ; ils doivent subir les conséquences de leur abstention.

Comparaison entre les deux décisions

On est naturellement tenté de rapprocher ce raisonnement de celui de la Cour d'Agen dans l'hypothèse que nous examinons tout à l'heure. En effet, dans l'arrêt du 14 juin 1890, pourquoi l'enfant pouvait-il invoquer le jugement de nullité ? Parce que, avons-nous dit avec la Cour d'Agen, il n'avait qualité ni pour intenter l'action en nullité, ni pour intervenir au procès. Ici, avec l'arrêt de la Chambre civile de 1898, pourquoi les créanciers sociaux

peuvent-ils se voir opposer le jugement de dissolution ? Parce que, dit-on, s'ils avaient la faculté d'intervenir à l'instance, ils ne le pouvaient que sous des conditions déterminées, selon les formes légales de cette procédure particulière qu'on appelle la tierce opposition. Dès lors, on est tenté de dire que si, d'une part, l'enfant se voit interdire toute possibilité d'intervention, d'autre part, la situation du créancier social n'est guère plus favorable puisque les possibilités d'intervention demeurent pour lui extrêmement limitées. D'où, dans les deux cas et pour des motifs, sinon identiques, du moins analogues, puisqu'ils sont inspirés pareillement de la limitation légale des possibilités d'intervention des tiers — une exception au principe de l'article 1351 C. civ. et l'extension *erga omnes* de l'autorité de la chose jugée.

On a déjà, et par avance, réfuté de tels arguments. En ce qui concerne l'arrêt de la Cour d'Agen, nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit tout à l'heure. Quant au raisonnement qui voudrait transporter ainsi l'argumentation de la Cour d'Agen à l'hypothèse de l'arrêt de 1898, nous ne nous y arrêterons pas davantage. Pour qu'il fût exact — encore ne le serait-il pas tout à fait — il faudrait, de toute nécessité, que le créancier social ne disposât que de ce seul moyen limité qu'est la tierce opposition. Or, la loi de 1867 prévoit un grand nombre de situations dans lesquelles tout intéressé — parmi les intéressés, le créancier social n'est-il pas au premier rang ? — peut demander la dissolution de la société. Comment, dès lors, peut-on raisonnablement songer à rapprocher la situation du créancier social de celle de

l'enfant qui, lui, ne saurait, à aucun égard et en aucun cas, prétendre exercer une action que la loi (art. 180 C. civ.) a exclusivement et formellement réservée à son auteur ?

D'ailleurs, cette prétendue analogie qu'on voudrait établir entre nos deux hypothèses ne se heurte-t-elle pas encore à d'autres objections ? Par exemple, est-il d'une bonne méthode d'argumenter ainsi d'une hypothèse de nullité à une hypothèse de dissolution ? Bien plus, si l'on raisonne sur l'action en nullité de société, il est incontestable que les moyens dont dispose le créancier social sont encore plus étendus qu'en matière de dissolution. Là encore, nous avons une raison nouvelle d'écarter la comparaison imprudente et hâtive qui pouvait tout d'abord nous séduire.

De telle sorte que la question reste entière. A nous en tenir aux deux arrêts que nous avons examinés — et qui sont d'ailleurs, notons-le, les deux arrêts-types — nous sommes conduits, semble-t-il, à cette conclusion que la jurisprudence, après avoir suivi deux chemins peut-être voisins, en tout cas différents l'un de l'autre, parvient finalement à un point de rencontre et, en définitive, au même résultat. Comment cela s'explique-t-il ? N'y a-t-il pas, sous ces deux solutions semblables, une raison commune ?

Arrêt de 1873. Formule proposée, basée sur l'idée d'indivisibilité

Le moment est arrivé de revenir à cet arrêt du 2 juillet 1873 que nous avons signalé comme ayant le premier consacré la théorie de l'opposabilité *erga omnes* du juge-

ment qui déclare la nullité d'une société irrégulièrement constituée. Il semble bien résulter de l'esprit de cet arrêt, sinon de ses termes mêmes — la Chambre des Requêtes ne s'est pas, en effet, expressément prononcée sur ce point — que l'exception au principe général de la relativité de la chose jugée se justifierait ici par une idée d'indivisibilité. Le raisonnement serait le suivant : le jugement qui statue sur la nullité de la société décide, dit-on, une fois pour toutes de sa validité ; dès qu'il a acquis une valeur définitive — entendez : aussitôt que les voies de recours ont été épuisées ou prescrites et qu'il est passé, par conséquent, en force de chose jugée — il fixe le droit, et il le fixe en ce sens que la nullité déclarée à la requête d'un intéressé nuit ou profite à tous les autres. Pourquoi ? Parce que, à supposer que les intéressés qui n'ont pas été liés au procès désirent introduire à leur tour une instance, à supposer même que la loi leur reconnaisse encore la possibilité d'exercer l'action en nullité — leur demande s'identifierait nécessairement, quant à son objet, avec la demande primitive sur laquelle le juge s'est déjà prononcé. Par conséquent, tout nouveau jugement devient superflu. Le jugement initial tient la place de tous ces jugements hypothétiques ultérieurs qui n'auraient et ne pourraient avoir pour effet que de confirmer la décision première.

On a reconnu la règle de l'identité de l'objet. Le caractère nécessaire et obligatoire de l'identité d'objet, dans notre hypothèse, emporte la disparition de l'autre règle, de l'autre élément indispensable au fonctionnement de l'article 1351 C. civ. : nous avons nommé la règle de

l'identité de personnes (3). D'où substitution exceptionnelle de l'autorité absolue au principe normal de l'autorité relative de la chose jugée. Au fond, cela revient à dire qu'en pareille matière, la qualité des parties en cause importe assez peu ; dès l'instant qu'elle est établie, elle devient indifférente au point qui nous intéresse : elle est éclipsée, pourrait-on dire, par l'objet même de la demande, non seulement parce que cet objet est unique, mais encore parce qu'il est indivisible (3 bis). Autrement dit, en droit, le contrat de société ne peut pas être valable au regard des uns et nul au regard des autres. Pourquoi ? Parce que la société a ou n'a pas une existence légale. Il faut choisir. Le juge qui prend parti, dit le droit, à l'égard de tous, sa décision vaut et doit valoir *erga omnes*.

Cette idée de l'indivisibilité de l'existence légale de la société, que faut-il en penser ? Pourrait-on l'étendre à l'hypothèse du mariage ? De même que nous avons dit : le contrat de société est un (4) quant à son existence de droit, de telle sorte que cette existence ne peut être à la fois reconnue à l'égard des uns et contestée à l'égard des autres, — de même ne pouvons-nous pas dire : l'état de

(3) La règle de l'identité de cause ne fait aucune difficulté ici puisque, par hypothèse, il s'agit de la même action en nullité exercée sur le même fondement juridique.

(3 bis) Un arrêt de la Chambre civile du 8 décembre 1857 (*Journal des tribunaux de commerce*, 1858, p. 73) a pu dire que le jugement déclarant une société nulle n'est rendu en faveur d'aucune des parties.

(4) Cf. Req. rej., 28 février 1859, D. 1859, 1, 408. — L'indivisibilité porte sur l'existence et non sur la nature de la société. Ainsi, le jugement qui décide entre les associés que le pacte social n'a créé qu'une association en participation ne s'oppose pas à ce que les créanciers fassent juger que la société est une société en nom collectif. V. Req. rej., 7 décembre 1875, S. 1875, 1, 306. — Comp. *supra*, chap. I.

mariage est un — *to be or not to be* — par conséquent, le jugement qui statue sur l'existence ou sur la validité du mariage doit avoir un effet absolu, le mariage ne pouvant pas, en même temps, exister à l'égard des uns et ne pas exister à l'égard des autres ?

Avantages de cette formule

La formule nous paraît séduisante ; elle est peut-être excessive, voire inexacte en ce qui concerne le mariage. Elle soulève des objections qu'il faut examiner. En tout cas, notons dès maintenant qu'elle aurait l'avantage d'expliquer la disparition du caractère relatif de l'autorité de la chose jugée dans nos deux hypothèses, sans qu'il soit besoin de recourir à des textes spéciaux, à ceux du Code pour le mariage ou aux dispositions de la législation des sociétés. Sans doute, — nous ne saurions trop insister sur ce point — les jugements dont nous nous occupons ici, se rapportent à des matières différentes, régies par des principes distincts : les uns ont trait à l'état des personnes tandis que les autres concernent la matière des contrats. Tous, néanmoins, se ressemblent en ce qu'ils produisent leurs effets *erga omnes*. Voilà un point certain qui n'est plus contesté aujourd'hui par personne. La formule fondée sur l'idée d'indivisibilité ferait reposer cette double exception à l'article 1351 C. civ. sur une base commune. Mais dans quelle mesure est-elle acceptable ? Dans quelle mesure est-elle conforme aux textes et à la jurisprudence ?

Objections tirées de la jurisprudence sur les sociétés de fait

En tant qu'elle concerne la société, elle nous paraît assez solide. Il s'agit, avons-nous dit, de l'indivisibilité de l'existence légale de la société. Nous écartons par là même les objections qu'on serait tenté de tirer de la jurisprudence aujourd'hui considérable sur les sociétés dites de fait (4 bis). Sans doute, il est exact que, sous certaines conditions et dans certaines hypothèses, la société soit déclarée nulle, dans les rapports des associés entre eux, par exemple, alors cependant qu'elle demeure valable à l'égard des tiers — précisons : à l'égard des personnes qui, à un titre quelconque, ont traité avec la prétendue société. Il n'en reste pas moins vrai qu'au point de vue du droit, sinon du fait, la société est et demeure inexistante. La liquidation des rapports engendrés par l'existence de fait de la société ne constitue pas un obstacle aux effets *erga omnes* du jugement constatant son inexistence de droit — s'il est permis de traduire ainsi ce qu'on désigne généralement sous l'expression de jugement de nullité.

Jugements de dissolution

Remarquons en outre que, puisque l'idée d'indivisibilité à laquelle nous avons fait appel ne concerne exclusivement que l'existence légale de la société, il en résulte que la formule s'applique indistinctement aux jugements de nullité (hypothèse de 1873) et aux jugements de disso-

(4 bis) V. *infra*, chap. V et l'analyse des décisions de jurisprudence relatives à l'absence d'acte écrit.

lution (hypothèse de 1898). Sous ce point de vue, il n'y a pas à faire de différence entre les deux sortes de décisions. Nous avons vu de même que la jurisprudence ne distinguait pas, puisqu'elle leur confère la même autorité.

Extension de la formule aux sociétés civiles

Quid en matière de société civile ? Voici en effet un problème qui se pose. Les arrêts que nous avons examinés tout à l'heure ne concernent que les sociétés commerciales. Leur argumentation ne repose d'ailleurs — nous l'avons vu — que sur des dispositions de droit commercial, sur la loi de 1867 notamment. Or, les textes de ce genre sont manifestement étrangers aux sociétés civiles, dans la mesure tout au moins où ces sociétés ne pourraient pas, pour les raisons qu'on connaît, invoquer le bénéfice de la loi du 1^{er} août 1893 relative aux sociétés civiles à forme commerciale (4 *ter*). Les sociétés civiles proprement dites demeurent régies par les dispositions de la loi civile. D'où, par conséquent, la question de savoir quelle autorité on doit reconnaître aux jugements de nullité ou de dissolution rendus en matière de société civile. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur ce point. Il est permis de penser que, si la question venait à se poser, la formule que nous avons tirée de l'arrêt de 1873 — formule générale basée sur l'idée d'indivisibilité et non sur des textes spéciaux — conduirait logiquement à admettre, en matière de société civile comme en matière de société commerciale, la même solution. En effet, comme la société

(4 *ter*) V. *supra*, chap. préliminaire.

commerciale, la société civile est une ; par conséquent, elle ne pourrait être reconnue existante à l'égard des uns et inexistante ou dissoute à l'égard des autres.

La personnalité civile des sociétés

Il est opportun de noter ici que cette question de l'unité de l'existence légale des sociétés nous paraît complètement étrangère à une autre question : celle de la personnalité civile (4 *quater*). On pourrait être tenté de renforcer l'argument en faveur de l'indivisibilité en disant : il est d'autant plus exact de parler ici d'unité de la société que celle-ci tout au moins dans les hypothèses où elle a la personnalité civile, apparaît bien comme un être indépendant, voire distinct des membres qui le composent. Ce raisonnement sur lequel nous faisons, quant à nous, des réserves, ne serait pas évidemment sans conséquence sur la solution que nous venons d'admettre en ce qui concerne l'autorité des jugements en matière de société civile. On sait que deux arrêts retentissants ont pu étendre aux sociétés civiles la personnalité autrefois exclusivement réservée aux sociétés commerciales (4 *quinqüiès*). Nous nous bornerons à cette indication.

Jugements de validité

Voici enfin un dernier point relatif au contrat de société. Jusqu'ici, nous n'avons raisonné que sur des

(4 *quater*) V. *infra*, chap. III, note 53.

(4 *quinqüiès*) Ch. civ., 23 février 1891, S. 1892, 1, 73, et 2 mars 1892, S. 1892, 1, 497. AUBRY et RAU, § 377, note 17 *bis*. — Comp. *supra*, chap. préliminaire.

jugements de nullité, c'est-à-dire des jugements qui admettent la demande en nullité et reconnaissent en conséquence l'inexistence légale de la société. Voyons maintenant ce qu'il faut penser des jugements qui, au contraire, rejettent la demande en nullité et consacrent par là même la validité de la société. Quelle autorité la loi confère-t-elle aux jugements de ce genre ? La question est extrêmement controversée. Certains auteurs, remarquant avec raison, semble-t-il, que le principe de l'article 1351 C. civ. n'est infirmé expressément ou implicitement par aucune disposition du droit commercial ou des lois sur les sociétés, concluent au maintien de l'autorité relative. Mais une objection s'élève immédiatement : n'y a-t-il pas contradiction à venir prétendre que le jugement de validité n'a qu'une autorité relative alors au contraire, que, — et ici la solution ne fait aucun doute — le jugement de nullité bénéficie d'une autorité absolue ? M. Thaller notamment a relevé cet illogisme. C'est, dit-il, « poser le blanc et le noir et, par une singulière inégalité, refuser à la société, contre ses adversaires, le droit qu'on donne à ses adversaires contre elle... » (5). M. Thaller se prononce en faveur de l'autorité absolue, dans les deux cas, aussi bien en ce qui concerne les jugements de nullité qu'en ce qui concerne les jugements de validité. Cette solution logique ne s'imposerait-elle pas d'elle-même avec l'idée d'indivisibilité ? Si l'autorité absolue est une conséquence nécessaire de l'indivisibilité de la société, de toute évidence, il n'y a pas à

(5) *Annales de droit commercial*, 1903, p. 310 et suiv.

distinguer entre les jugements qui admettent et ceux qui rejettent la demande en nullité, entre ceux qui consacrent l'existence et ceux qui reconnaissent l'inexistence de la société. Tous, sans exception, doivent échapper à l'article 1351 C. civ.

Jugements rendus en matière de mariage

Passons aux jugements rendus en matière de mariage. Ici, une observation préliminaire s'impose. Pouvons-nous transporter *mutatis mutandis* au mariage la formule dont nous nous sommes servis précédemment pour les sociétés ? Non, semble-t-il, car nous ne pouvons pas parler d'existence légale du mariage sans paraître exclure par là même les hypothèses de nullité absolue ou de nullité relative. Cette distinction — que l'on connaît — était absolument indifférente en matière de société. Elle nous oblige ici, en matière de mariage, à retoucher notre formule si nous voulons englober les hypothèses de nullité absolue ou de nullité relative, qui sont d'ailleurs les seules pratiques.

La question qui se pose est donc celle-ci : est-il possible de rattacher l'effet *erga omnes* des jugements de nullité de mariage à l'idée d'indivisibilité de l'état de mariage ? Cette question en implique tout naturellement une autre, savoir : l'état de mariage est-il indivisible ?

L'état de mariage est-il indivisible ? Objections tirées du mariage putatif

Nous rencontrons ici, contre l'affirmative, une objection qui n'est pas sans valeur. Il y a en effet certaines hypothèses

dans lesquelles le mariage le plus complètement nul (6) produit néanmoins des conséquences à l'égard de telles ou telles personnes déterminées, et ces conséquences — qui sont des conséquences de droit — se traduisent généralement par tous les effets du mariage valable (art. 202 C. civ.). C'est la théorie du mariage putatif. Lorsque le mariage nul a été contracté de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de la nullité qui le frappe, il produit tous les effets d'un mariage valable tant dans l'intérêt du conjoint de bonne foi qu'à l'égard des enfants qui en sont issus. A vrai dire, l'idée d'indivisibilité ne subit aucune atteinte si on envisage le cas où les deux époux étaient de bonne foi, puisque, en pareille hypothèse, le mariage est maintenu *erga omnes* dans la plénitude de ses effets jusqu'au jour du jugement qui prononce la nullité. Mais il n'en est plus de même dans le cas où un seul des époux est de bonne foi. Alors, en effet, les conséquences avantageuses du mariage se réalisent en faveur du conjoint de bonne foi, sans que l'autre conjoint bénéficie lui-même en quoi que ce soit du mariage. L'idée d'indivisibilité devient douteuse, par conséquent. Comment le mariage, s'il était indivisible, pourrait-il ainsi produire tous ses effets vis-à-vis d'une personne, et rester en même temps inopérant vis-à-vis d'une autre ?

Sans doute, si les conséquences de la notion de mariage putatif se limitaient à la liquidation des intérêts pécuniaires des conjoints, nous pourrions songer à écarter

(6) Réserve faite des hypothèses d'inexistence auxquelles l'application de la théorie du mariage putatif est incertaine (V. cependant dans le sens de l'affirmative, Cass., 30 juin 1900, S. 1902, 1, 225).

l'objection à l'aide des mêmes procédés de raisonnement qui nous ont servi tout à l'heure à rejeter les arguments tirés de la jurisprudence sur les sociétés de fait. Nous le ferions d'autant plus aisément que les deux domaines ne sont pas tout à fait étrangers. Ainsi, on sait que si le conjoint de bonne foi trouve que les conditions du contrat de mariage ne lui sont pas avantageuses, il peut imposer à l'autre conjoint la liquidation de ses intérêts en prenant pour base, non plus le contrat de mariage, mais précisément les règles du droit commun des sociétés de fait (6 *bis*). Mais les conséquences du mariage putatif sont autrement étendues ; elles débordent du cadre des intérêts pécuniaires ; elles intéressent directement l'état des personnes : celui des conjoints et des enfants issus de leur union.

Réfutation

L'objection est donc sérieuse. Est-elle décisive ? Nous ne le pensons pas, et cela, pour deux raisons. Tout d'abord, quand on raisonne comme nous venons de le faire, on lie deux questions qui sont et doivent rester distinctes : la question de l'action en nullité, d'une part, et la question du mariage putatif, d'autre part. Ce sont là deux problèmes séparés. Il est en effet de jurisprudence établie (6 *ter*) que le juge, par le fait même qu'il est saisi de l'action en nullité, n'est pas en même temps et implicitement saisi de la question du mariage putatif.

(6 *bis*) AUBRY et RAU, § 460, note 18.

(6 *ter*) Cass., 30 juin 1900, rapporté *Supra*, note 6.

Autrement dit, quand les conclusions des parties n'invoquent que la nullité, le juge statue *ultra petita* si, alors qu'il se prononce sur la validité du mariage, il fait, spontanément et de sa propre initiative, application des dispositions des articles 201 et 202 C. civ. Voilà une première raison d'écarter les arguments tirés de la théorie du mariage putatif.

En voici une seconde. Quand nous avons précisé tout à l'heure la formule dont nous entendions nous servir pour expliquer, si possible, l'autorité absolue des jugements de nullité, nous avons pris soin d'indiquer qu'il ne s'agissait pas à proprement parler de l'existence même du mariage — expression ambiguë, restreinte, et qui aurait pu prêter à confusion — mais qu'il s'agissait plutôt de l'état de mariage. En conséquence, nous nous sommes demandé si cet état de mariage est indivisible. Autrement dit; nous avons posé la question de savoir si Primus pourrait, à la fois, avoir la qualité de personne mariée à l'égard de Secundus et être réputé ne pas avoir cette même qualité à l'égard de Tertius. Evidemment, poser le problème de cette façon, c'est le résoudre. L'indivisibilité du mariage ainsi entendue ne sera contestée par personne. Au fond, le jugement qui déclare le mariage putatif nous intéresse seulement dans la mesure où il se prononce sur la qualité de personne mariée du conjoint. Peu important les conséquences variables que cette qualité entraîne avec elle. D'ailleurs, pourrait-on raisonnablement soutenir que le conjoint de mauvaise foi, par le fait qu'il ne bénéficie pas personnellement du mariage, n'a pas la qualité de personne

mariée ? Ce serait absurde. Ce serait contraire au but même du mariage putatif qui est un maintien fictif du mariage nul.

Véritable position du problème

Aussi bien, là n'est point la difficulté. L'indivisibilité ainsi comprise ne fait aucun doute. Mais comment l'appliquer à la justification des exceptions qui sont ou doivent être apportées en matière de mariage à la règle de l'article 1351 C. civ. ? C'est ici que les complications apparaissent.

Autorité relative des jugements de validité

Supposons le problème résolu. Admettons qu'il soit vrai de dire : le mariage est un ; par conséquent, quand un jugement a prononcé sa nullité ou reconnu son inexistence, il est nul ou inexistant à l'égard de tout le monde, parce qu'on ne concevrait pas qu'il fût valable à l'égard des uns et nul ou non existant à l'égard des autres (7). Si ce raisonnement était juste, pareillement et à l'inverse, il faudrait décider que, le mariage étant indivisible, le jugement qui statue dans le sens de sa validité est et doit être opposable à tous. Ce serait la conséquence logique de nos prémisses. Or, la jurisprudence est formelle : de même que le droit d'agir en nullité

(7) On trouve les traces d'une idée très voisine dans un arrêt très connu de la Cour de Rouen (sous Cass., 25 mars 1889, S. 1890, 1, 145). Les paroles de l'avocat général sont à retenir : « On ne concevrait pas, disait-il, qu'une Cour d'appel puisse déclarer un mariage principalement valable et subsidiairement nul ». Cf. AUBRY et RAU, § 461, note 26.

n'implique pas nécessairement celui de soutenir la validité du mariage, de même le jugement qui statue en faveur de la validité et celui qui prononce la nullité ne comportent ni la même autorité, ni les mêmes effets (7 *bis*). Celui-ci fait exception au principe de la relativité de la chose jugée ; celui-là, au contraire, reste sous l'empire de l'article 1351 C. civ. (8). Il est manifeste que, sur ce terrain, la formule nous échappe.

Jugements de dissolution (Jugements de divorce)

Voici enfin un dernier point. Nous avons vu, en matière de société, que la jurisprudence avait étendu en 1898, en faveur des jugements de dissolution, l'autorité absolue qu'elle avait admise en 1873 pour les jugements de nullité. Ici, en matière de mariage, il en va différemment : l'autorité absolue des jugements de dissolution — entendez par là les jugements de divorce — est indiscutable ; elle est acquise dès le jour de la transcription ; — par contre, l'autorité absolue des jugements de nullité est loin, comme nous l'avons vu, de présenter la même certitude. Pourquoi cette différence ? Sans doute, réserve faite des dispositions *in fine* de l'article 252 C. civ., le jugement de divorce n'entraîne pas, en principe, de conséquence dans le passé ; au contraire, le jugement de nullité rétroagit ; quant au jugement reconnaissant l'inexistence du mariage, il a des effets encore plus étendus. Est-ce là un motif suffisant pour refuser à

(7 *bis*) AUBRY et RAU, § 458, notes 5 et 6.

(8) PLANIOL, *Traité*, t. I, n° 1090.

ceux-ci ce qu'on accorde à celui-là ? L'examen de ces difficultés nous entraînerait trop loin. Il nous suffira de rappeler ici la doctrine qui voudrait rattacher le caractère constitutif ou déclaratif des jugements à la détermination de la date à laquelle ils produisent leurs effets (9). Cette doctrine mérite les plus vives critiques (9 *bis*).

Objection décisive : distinction entre l'indivisibilité et l'opposabilité

Avant de conclure, nous élèverons une dernière objection contre ce système de l'indivisibilité sur lequel nous nous excusons d'avoir insisté aussi longuement. Dans l'ordre des développements auxquels nous avons procédé, cette objection trouve ici tout naturellement sa place, car elle s'adresse au système de l'indivisibilité pris en lui-même, en tant qu'on veut en tirer des conséquences quant à l'autorité des jugements sur lesquels on raisonne, abstraction faite de la matière dans laquelle ces jugements sont intervenus. L'indivisibilité d'un droit, d'un contrat, d'un état, implique-t-elle obligatoirement l'opposabilité *erga omnes* de ce droit, de ce contrat, de cet état ? Autrement dit, existe-t-il un lien nécessaire entre l'indivisibilité et l'opposabilité ? La question peut prêter à controverse. Pour notre part, nous concluons fermement au maintien de la distinction : l'indivisibilité est une chose, l'opposabilité en est une autre. Au fond, quand on dit d'un jugement qui statue sur un droit

(9) AUBRY et RAU, § 769, note 62 *quater*.

(9 *bis*) V. ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, Paris, 1914.

ou sur un état, qu'il n'a qu'une autorité relative, on ne divise pas ce droit ou cet état, on distingue seulement à l'égard de quelles personnes on a réussi à l'établir. Voilà un argument de valeur contre la thèse que nous avons exposée et développée ; il est peut-être le seul, mais il faut reconnaître qu'il est péremptoire.

Récapitulation

Voilà qui est de nature à nous faire hésiter sérieusement sur la solidité des formules que nous nous efforcions d'appliquer tout à l'heure. Sans doute, en matière de société, elles nous ont paru douées d'une très grande force ; nous en avons trouvé la vérification à peu près sur tous les points ; elles nous ont permis de tirer des conséquences intéressantes, notamment en ce qui concerne les sociétés civiles ; enfin, elles ont pu nous expliquer l'extension jurisprudentielle de l'autorité absolue des jugements de nullité aux jugements de dissolution, voire aux jugements de validité. Toutefois, déjà sur ce terrain, elles nous paraissent douteuses parce qu'elles semblent partir et partent en effet d'une confusion entre deux notions différentes et distinctes : la notion d'indivisibilité, d'une part, et la notion d'opposabilité, d'autre part. Si nous passons maintenant à la matière du mariage, le raisonnement est tout de suite beaucoup moins ferme : il ne tarde pas à nous échapper. La jurisprudence est d'ailleurs beaucoup moins abondante. Nous ne possédons en définitive qu'un arrêt, celui de la Cour d'Agen, dont la décision paraît bien devoir se limiter à l'espèce en vue de laquelle elle a été prise.

D'autre part, l'autorité des jugements de nullité est toute différente de celle des jugements de validité. Quant à l'extension de l'autorité des jugements de dissolution — les jugements de divorce — aux jugements de nullité, elle est, à tout le moins, des plus incertaines.

Conclusion

De tout quoi il résulte que la disposition de l'article 1351 C. civ. conserve toute sa force et que le principe de l'autorité relative de la chose jugée reste le principe généralement applicable à tout jugement (10), sans qu'aucune distinction s'impose à cet égard, soit entre les jugements rendus en matière civile et les jugements rendus en matière commerciale, soit encore entre les jugements relatifs aux contrats et les jugements relatifs à l'état des personnes. Toutefois, ce principe de l'autorité relative subit d'importantes exceptions. Il fait alors place à un système plus large qui peut aller jusqu'à l'autorité absolue, dans certaines hypothèses déterminées, et pour des motifs d'ailleurs divers, le plus souvent inspirés des textes particuliers à la matière sur laquelle on raisonne. Mais — et ce sera là notre conclusion — si importantes qu'elles soient, on ne peut grouper ces exceptions d'une façon absolue et certaine, sous une idée générale commune ; elles conservent leur caractère

(10) En matière d'état, l'ancienne théorie du ministère public contradicteur légitime avait fait admettre l'autorité absolue de la chose jugée. Aujourd'hui, le principe de l'autorité relative est presque unanimement reconnu. V. BUFNOIR, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*, thèse Paris, 1893.

fragmentaire ; elles n'ont point la cohésion suffisante pour élever le système de l'autorité absolue au rang d'un principe général et abaisser du même coup la règle de l'article 1351 C. civ. au niveau d'une exception. Ce résultat a pu être souhaité ; dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, il faut reconnaître qu'il n'est ni réalisable, ni réalisé.

CHAPITRE III

Point de vue commercial

La société commerciale est une personne morale

Point de vue civil

Des règles relatives à la liquidation et au partage
des successions et de leur application à la liquidation
et au partage des sociétés commerciales

Les règles relatives à la liquidation et au partage des sociétés commerciales soulèvent un ensemble de problèmes dont l'étude intéresse directement notre sujet. Nombre de ces règles sont en effet empruntées au droit civil, plus spécialement au Titre des successions, chapitre VI, « Du partage et des rapports » (art. 815 et suiv. C. civ.). Une analogie non douteuse avait déjà été signalée par nos anciens auteurs (1) entre la liquidation des rapports entre coassociés et la liquidation des rapports entre cohéritiers. Elle a été reprise par le Code civil, au moins en ce qui concerne le partage (art. 1872 C. civ.) mais, dès 1804, le législateur n'en admettait le principe que pour les sociétés civiles, et il faisait des réserves quant à

(1) V. POTHIER, *Traité du contrat de société*, n° 161 où l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* sont admises indistinctement au profit des coassociés ; n° 173 et n° 181 et suiv. sur le « quasi-contrat de communauté », éd. Suffrein, Paris, 1821, p. 210 et suiv. ; éd. Bugnet, p. 303.

son extension intégrale au partage des sociétés commerciales (art. 1873 C. civ.). De fait, si la disposition de l'article 1872 C. civ. n'a point été discutée en elle-même, elle a donné lieu, dans ses applications, à de nombreuses controverses. Sur quelques points celles-ci ont été extrêmement vives. Nous en trouvons l'écho notamment dans la jurisprudence de la fin du *xix*^e siècle. Aujourd'hui même, certaines d'entre elles ne sont pas encore éteintes.

Toutes ces discussions se rapportent, semble-t-il, à deux causes, qui ne sont d'ailleurs que deux aspects différents du même problème.

Première source de difficultés

Si, dans certaines hypothèses, le transport des règles du partage successoral au partage des sociétés, provoque des objections, si le principe général posé par l'article 1872 C. civ. souffre des exceptions, c'est d'abord qu'il est parfois très embarrassant de dire, en présence d'une règle déterminée, si ses caractères de fond la rattachent essentiellement et exclusivement à telle institution précise, ou si, au contraire, on peut sans inconvénient et rationnellement l'appliquer à d'autres domaines que celui auquel elle paraît, à première vue, avoir été destinée. Les questions de ce genre ne sont pas pour nous surprendre (2). Nous savons quel intérêt présente leur solu-

(2) Nous avons déjà souligné, au cours de nos travaux, l'importance qu'il y a à se prononcer sur le caractère précis des institutions, à déterminer si telle règle appartient au droit des successions ou au contraire au droit des obligations, ou encore au droit des régimes matrimoniaux, etc... Les règles de caractère mixte sont malheureusement nombreuses, dans notre droit.

tion, non seulement en droit interne mais aussi et notamment au point de vue de la détermination de la loi applicable, en droit international.

Voilà, par conséquent, une première catégorie de difficultés. En voici une seconde, celle-là particulière à la matière des sociétés commerciales (3).

Deuxième source de difficultés

Lorsqu'une personne décède, la propriété des choses héréditaires se transmet de plein droit aux cohéritiers appelés, et ce, au jour même du décès, c'est-à-dire à la date de l'ouverture de la succession. C'est un principe fondamental de notre droit successoral, critiquable à certains égards, mais qui a au moins l'avantage d'une grande netteté. En matière de sociétés, au contraire, le jeu des règles relatives à l'indivision sociale reste assez obscur. Il n'est plus possible en effet de faire appel ici au principe précédent pour le transporter, *mutatis mutandis*, des hypothèses d'indivision successorale aux hypothèses d'indivision sociale. Ainsi, si nous raisonnons sur une société qui présente les caractères de personne civile, dirons-nous que, lorsqu'une société de ce genre disparaît, — plus précisément, lorsque survient l'un quelconque des événements emportant sa dissolution, — l'actif et le passif social passent de plein droit de la personne civile sur la tête des coassociés, et ce, au jour même de la dissolution ? L'affirmative serait contraire à la jurisprudence,

(3) On ajoutera les sociétés civiles si l'on admet, avec la jurisprudence, qu'elles ont, comme les sociétés commerciales, la personnalité morale. V. *supra*, chap. prélim. et chap. II.

couramment admise aujourd'hui, aux termes de laquelle une société dissoute peut néanmoins, dans une certaine mesure et pour une période déterminée, se survivre à elle-même en tant que personne civile (4). Les arrêts sont nombreux, mais, si on les étudie d'un peu près, ils paraissent assez contradictoires ; en tout cas, la conciliation qu'ils ont tentée d'un principe manifestement étranger au droit des successions avec des règles directement empruntées à cette matière (art. 1872 C. civ.) n'a pas été chose facile, — et c'est, là encore, une source de discussions.

Notre plan est donc tout tracé. Nous étudierons successivement ces deux ordres de difficultés, en rattachant notamment : au premier, l'étude du rapport des dettes (art. 829 et 830 C. civ.) ; au second, l'étude de l'effet déclaratif du partage (art. 883 C. civ.).

Avant d'entrer dans l'épineuse question du rapport des dettes, nous devons formuler quelques observations rapides sur certaines règles civiles qui, à la différence de la disposition de l'article 829 C. civ., et justement en raison de la netteté suffisante de leurs caractères, ont été facilement adaptées ou soustraites sans peine à la liquidation et au partage des sociétés.

(4) Sur la jurisprudence relative aux sociétés en liquidation et spécialement sur le rôle du liquidateur, v. *supra*, chap. I, *Des règles relatives au contrat de mandat et de leur application en matière de sociétés commerciales*. V. WAHL, *Traité*, nos 1163, 1177 à 1181 ; LÉVI, *De la liquidation des sociétés commerciales*, thèse Paris, 1884 ; BOURGUET, thèse Paris, 1900 ; Louis ROY, thèse Paris, 1906 ; L. ADOLPH, *De la liquidation des sociétés*, 1 vol. in-8°, Paris, 1927.

Règles relatives au retrait successoral. Art. 841 C. civ.

C'est ainsi que, de bonne heure, la jurisprudence a refusé d'étendre le bénéfice de l'article 841 C. civ. aux rapports des associés et des tiers (Paris, 7 juillet 1836, S. 1836, 2, 458). C'est essentiellement pour écarter du règlement de la succession un étranger susceptible de divulguer les secrets de famille, que le retrait successoral permet à l'héritier qui n'a pas aliéné sa part, de se substituer d'autorité à l'étranger cessionnaire, en lui remboursant le prix de son acquisition. La disposition de l'article 841 C. civ. ainsi justifiée ne doit concerner exclusivement que les cessions de droits successifs ; par conséquent de même qu'elle ne pourrait être invoquée pour écarter le cessionnaire des droits de la femme dans la communauté dissoute par le prédécès du mari (Cass., 12 décembre 1894, S. 1895, 1, 257, note Lyon-Caen), de même on ne saurait y faire appel contre le cessionnaire des droits indivis de l'un des associés, pour l'empêcher de venir au partage (Aubry et Rau, §§ 359, *ter* texte et note 14, et 385, texte et note 4) (5).

(5) V. Metz, 17 mai 1820, S. 1821, 2, 305 ; Bordeaux, 19 juillet 1826, S. 1827, 2, 12 ; Bourges, 12 juillet 1831, S. 1832, 2, 50, pour les partages de communauté, et comp. Cass. Ch. civ., 19 mars 1862, S. 1862, 1, 825. — On ne confondra pas l'hypothèse prévue au texte avec celle du retrait d'indivision en matière de communauté (art. 1408, al. 2 C. civ.). L'opération connue sous le nom de *retrait social* et pratiquée, dans les sociétés par intérêts, ne concerne que le cas de *vente* par un des coassociés de sa part sociale, et n'a jamais été étendue au *partage* (V. Rouen, 2 janvier 1847, S. 1848, 2, 660, D. 1851, 2, 232 ; C. cass. Ch. req., 24 novembre 1856, S. 1857, 1, 516, D. 1856, 1, 429).

Art. 1699 C. civ.

Est-ce à dire que, en dehors de l'article 841 C. civ., tout retrait est impossible en matière de partage de société ? Nous ne le pensons pas. En effet, il ne serait peut-être pas déraisonnable d'interpréter telle ou telle hypothèse de partage social comme relevant des dispositions de l'article 1699 C. civ. relatif au retrait litigieux (6). Nous nous bornons à signaler la question. Il ne semble pas qu'elle se soit jamais présentée en jurisprudence.

Règles relatives au divertissement suivi de recel. Art. 792 C. civ.

On a songé aussi à transporter les sanctions de l'article 792 C. civ. aux hypothèses de divertissement dans les partages de sociétés. On suppose que, avant les opérations du partage, un associé pratique un divertissement des effets sociaux, suivi de recel. En pareil cas, doit-on appliquer l'article 792 C. civ. et décider en conséquence que l'associé coupable est privé de toute part dans les biens divertis ou recelés ? La jurisprudence, faisant prévaloir le caractère pénal des dispositions de l'article 792 C. civ., a refusé de les étendre aux partages de sociétés et en a réservé l'application aux seuls partages successoraux (V. not. Cass., 20 janvier 1885, S. 1885, 1, 299, note Lyon-Caen ; D. 1885, 1, 359) (7). Au fond, les sanctions de l'article 792 C. civ. ne s'expliquent que par la qualité de

(6) Dans la mesure où l'article 1701 C. civ. ne s'y opposerait pas.

(7) V. Angers, 22 mai 1851, S. 1851, 2, 599, D. 1851, 2, 164.

cohéritiers des copartageants ; c'est pour cette raison qu'il faut les limiter aux hypothèses en vue desquelles la loi les a établies (7 *bis*). Observons que les coassociés lésés par le divertissement auront toujours la ressource des réparations civiles, sur le fondement de l'article 1382 C. civ. (8).

Dans une espèce assez curieuse (Cass. Ch. civ., 28 août 1865, S. 1865, 1, 453, D. 1865, 1, 352), il s'agissait d'une société d'assurances mutuelles (tontine), dissoute par le prédécès d'un associé. L'associé survivant, accusé de divertissement par les héritiers du prédécédé (l'administration des domaines), venait au partage des biens sociaux, non seulement en sa qualité d'associé, mais aussi en qualité de légataire de la part de l'associé prédécédé. En effet, l'attribution au survivant de la part du coassocié prédécédé, ne résultait pas seulement d'une clause de l'acte de société ; elle résultait encore d'un legs à lui fait par le

(7 *bis*) AUBRY et RAU, § 385, texte et note 5.

(8) On sait que, au moins dans une certaine doctrine (AUBRY et RAU, § 613, note 50 *bis*), suivie d'ailleurs par des décisions de jurisprudence (Lyon, 20 décembre 1907, S. 1908, 2, 173. Comp. Ch. civ., 11 juillet 1894, S. 1897, 1, 459 ; 2 juillet 1901, S. 1905, 1, 183), la sanction de l'article 792 C. civ. (privation de part) n'exclut aucunement les réparations civiles basées sur l'article 1382 C. civ., qui demeurent, le cas échéant, pleinement applicables (V. not. Cass., 5 juillet 1893, S. 1893, 1, 472, D. 1894, 1, 145, note PLANIOL). C'est pour cette raison qu'il pouvait y avoir intérêt à étendre l'article 792 C. civ. aux rapports entre coassociés. En l'absence d'un texte précis autorisant cette extension (Comp. art. 1477 C. civ.), la jurisprudence s'est toujours prononcée pour la négative (V. not. Toulouse, 2 juin 1862, S. 1863, 2, 41). Cette solution ne paraît nullement en harmonie avec les arrêts qui interprètent la privation de part des articles 792 et 1477 C. civ., non plus comme une véritable peine privée, mais comme une simple évaluation forfaitaire de dommages-intérêts (V. not. Cass. Ch. civ., 10 janvier 1865, S. 1865, 1, 40). Cf. Jean MICHEL-LÉVY, *Etude sur le divertissement et le recel*, thèse Paris, 1928.

prédécedé. A supposer que le divertissement fût démontré, il semble que l'article 792 C. civ. lui était applicable, sinon comme associé, du moins en tant que légataire (9). La Chambre civile, constatant que l'intéressé avait agi, non comme légataire mais comme associé, a rejeté le pourvoi de l'administration des domaines contre l'arrêt de la Cour de Toulouse qui avait écarté l'article 792 (10).

Règles relatives à la rescision du partage. Art. 887 C. civ.

Dans un autre ordre d'idées, la question s'est posée de savoir si l'on pouvait étendre au partage des sociétés commerciales la règle de l'article 887 C. civ. qui, en matière de succession, autorise la rescision du partage pour dol, violence ou lésion de plus du quart (Voy. not. Cass. req., 26 mai 1897, S. 1898, 1, 347 ; D. 1898, 1, 99) (11). La principale difficulté venait d'une autre disposition du Code civil, — particulière, celle-là, à la matière des sociétés, — l'article 1854 C. civ. (12). La loi, prévoyant l'hypothèse où les associés s'en remettraient à un tiers — à un expert par exemple, — pour « le règlement de leurs parts », décide que le règlement ainsi effectué ne pourra

(9) On sait que l'article 792 C. civ. s'applique non seulement aux héritiers mais aussi aux légataires. AUBRY et RAU, § 613, note 51, et not. Cass., 30 novembre 1872, S. 1873, 1, 376.

(10) Comp. Cass., 5 juillet 1893, précité. AUBRY et RAU, § 613, note 56 *sexies*.

(11) V. aussi Trib. com. de Marseille, 6 juillet 1910, *Journ. Soc.*, 1913, p. 510, et GUILLOUARD, n° 354 ; HOUPIIN, *Traité*, n° 168 ; THALLER et PIC, n° 681.

(12) Sur les origines de l'article 1854 C. civ., v. Lois 75 à 79, Dig. *Pro socio*, XVII, 2, et sur l'interprétation de la règle dans notre ancien droit, POTHIER, *Du contrat de société*, n° 74 ; DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. 2, § 11.

être attaqué que « s'il est manifestement contraire à l'équité ». Ce texte (12 *bis*) n'emportait-il pas exclusion de l'article 887 C. civ. des partages de société ? La Chambre des requêtes ne l'a pas pensé. Elle a résolu la difficulté par une distinction. En réalité, la disposition de l'article 1854 C. civ. concerne uniquement l'hypothèse où les associés s'en remettent à un tiers pour fixer la proportion abstraite dans laquelle chacun d'eux devra participer aux bénéfices et contribuer aux pertes ; elle est complètement étrangère au cas où ce sont les opérations divisoires elles-mêmes que l'on conteste ; dans ces conditions, la possibilité d'appliquer, le cas échéant, la disposition de l'article 887 C. civ. aux partages de caractère social, ne fait plus aucun doute (13).

Règles relatives au rapport des dettes. Art. 829 et 830 C. civ.

Nous arrivons à la difficile question du rapport des dettes (art. 829 et 830 C. civ.).

Situation du cohéritier

On suppose qu'un cohéritier a emprunté une somme d'argent au défunt. Il est devenu son débiteur. Voilà évidemment une créance qui fait partie de la succession. Le cohéritier est redevable de l'argent emprunté, non seulement comme emprunteur mais aussi en sa qualité d'héritier. La loi décide (art. 829 C. civ.) qu'il sera tenu de

(12 *bis*) AUBRY et RAU, § 381, texte et notes 3 et 3 *bis*.

(13) Pour une distinction analogue, à propos de l'application des articles 888 et 889 C. civ. (suivant l'objet sur lequel porte la transaction intervenue entre les copartageants), v. AUBRY et RAU, § 626, texte et note 20.

rapporter sa dette à la masse. Il y a en réalité une double obligation qui pèse sur le cohéritier : obligation normale d'un débiteur envers son créancier et obligation du cohéritier avantagé par cette sorte d'avance que le défunt lui a faite ; d'où la loi conclut à la nécessité de remettre dans la masse successorale une somme égale à la somme reçue. Bref, si l'obligation est unique, son principe est double ; son objet n'a pas changé mais son titulaire est tenu à la fois comme débiteur et comme cohéritier ; il devra rapporter la dette et non pas seulement la payer. Naturellement, il ne paiera jamais qu'une fois.

Situation du coassocié

Nous allons supposer maintenant qu'un coassocié a emprunté une somme d'argent à la société personne civile dont il est ainsi devenu le débiteur. Sur ces entrefaites la société est dissoute. Voilà, par conséquent, une créance qui fait partie de l'actif social au moment de la dissolution. Cela posé, pouvons-nous reproduire ici, trait pour trait, l'argumentation que nous avons appliquée à l'hypothèse précédente ? Adopter l'affirmative, c'est reconnaître que le coassocié est redevable de la somme empruntée non seulement comme débiteur mais aussi en sa qualité de coassocié. Il a une double obligation à sa charge : l'obligation normale d'un débiteur envers son créancier, et l'obligation particulière du coassocié avantagé par cette sorte d'avance que la société lui a consentie ; d'où nécessité de remettre dans la masse sociale une somme égale à la somme reçue. A l'exemple du cohéritier emprunteur, et pour les mêmes raisons, le coassocié doit rappor-

ter sa dette, et non pas seulement la payer (art. 1872 et 829 C. civ.).

Que faut-il penser de ce raisonnement ?

Faillite du coassocié

L'intérêt du problème n'est pas négligeable. Supposons en effet que, antérieurement aux opérations du partage, le coassocié emprunteur tombe en faillite. Si nous admettons l'application de l'article 829 C. civ. à notre hypothèse, le syndic qui représente le coassocié failli, devra rapporter à l'actif social l'intégralité de la somme prêtée, à l'avantage, par conséquent, des créanciers sociaux, et au détriment des créanciers de la faillite. Dans le cas contraire, c'est le liquidateur agissant au nom de la société dissoute, qui devra produire à la faillite pour le montant de la créance sociale. Les créanciers sociaux ne retrouveront alors qu'un dividende (14).

Doctrine

Il est indispensable de revenir ici sur l'institution du rapport des dettes telle qu'elle fonctionne en matière successorale pour rappeler, aussi brièvement que possible, les principales doctrines qui ont été élaborées sur elle (15).

Trois explications différentes ont été proposées (16).

(14) V. *infra*, Ch. civ., 8 février 1882, S. 1882, 1, 224, D. 1882, 1, 317.

(15) V. AUBRY et RAU, § 627, texte et note 3. Cf. note TISSIER sous Req., 7 juillet 1892, S. 1893, 1, 129.

(16) Leurs partisans prétendent tous s'appuyer sur les précédents historiques. Sur l'institution du rapport des dettes dans notre ancien

Premier système

Dans un premier système, le rapport des dettes est présenté comme le développement de la règle ancienne qui ordonnait le rapport des prêts faits aux descendants (17). On suppose que le défunt a avancé à son successeur une part de sa succession éventuelle. Il n'a pas entendu le faire profiter par là d'une libéralité surrogatoire, mais seulement d'un *avancement d'hoirie*. Pour que le principe de l'égalité entre les cohéritiers soit respecté, conformément d'ailleurs à la volonté du *de cujus*, le successeur ainsi avantagé sera tenu au rapport. C'est la notion même du rapport des dons. Ce serait aussi, dans cette première doctrine, celle du rapport des dettes (18).

Ainsi analysé, le rapport des dettes se limite rigoureusement aux hypothèses d'indivision successorale (18 *bis*), — plus précisément à la succession *ab intestat* ; il est et doit rester en dehors de toute indivision de caractère social. En effet, l'idée d'avancement d'hoirie qui se comprend parfaitement si l'on raisonne sur les rapports entre cohéritiers, n'a plus de raison d'être et perd tout fonde-

droit, v. BOURJON, *Droit commun de la France*, tit. XVII, 2^e partie, chap. VI, sect. 1, n^o 8 et sect. 4, n^{os} 47 à 50 ; LEBRUN, *Successions*, liv. III, chap. VI, sect. 2, n^o 2 et suiv. ; POTHIER, *Successions*, chap. IV, art. 2, § 2. Le rapport des dettes n'a fait son apparition chez nous vraisemblablement qu'au xvi^e siècle. Encore le rapport ne fonctionnait-il, à l'origine, qu'en ligne directe descendante.

(17) Cpr. AUBRY et RAU, § 631, note 22.

(18) V. note LABBÉ sous Ch. civ., 9 février 1887, S. 1888, 1, 5 et *Revue pratique de dr. franç.*, 1859, t. VII, p. 475 et suiv.

(18 *bis*) Comp. cependant *infra*, note 27.

ment lorsqu'il s'agit des rapports entre coassociés. Par conséquent, la règle de l'article 829 C. civ. serait inapplicable comme telle au coassocié comme tel ; elle ne fonctionnerait que si celui-ci venait au partage en même temps comme cohéritier ; encore est-ce seulement en cette dernière qualité qu'elle lui serait appliquée, puisqu'elle ne concerne que les indivisions de caractère successoral, à l'exclusion de toutes les autres (19).

Deuxième système

Cependant, une autre doctrine qui s'appuie d'ailleurs comme la précédente sur des arguments d'ordre historique (20) nous présente le rapport des dettes sous un jour tout différent. Il s'agirait simplement d'une règle de liquidation des partages ; ce serait un mode particulier de paiement du copartageant créancier de son copartageant. Dès lors, qu'importe la source de l'indivision ? Il n'y a même plus à parler d'extension du rapport des dettes à des indivisions autres que les indivisions successorales. S'agit-il d'une indivision de caractère social ? S'agit-il de la liquidation des rapports entre coassociés ? L'institution du rapport des dettes trouve aussi naturellement et aussi utilement sa place ici que dans le partage des successions (21).

(19) On a pu rencontrer dans la pratique une hypothèse de ce genre où les intéressés se présentaient à la fois comme coassociés et comme cohéritiers. Bordeaux, 16 août 1870, D. 1871, 2, 235.

(20) DESCHAMPS, *Du rapport des dettes*, Paris, 1888. Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris.

(21) DESCHAMPS, *op. cit.*, n° 154.

Troisième système

Enfin, un troisième système, plus nuancé, développé notamment par M. le professeur Meynial (22), distingue suivant les dettes auxquelles s'applique le rapport. Nous noterons seulement ici que cette dernière doctrine ne s'oppose pas plus que la précédente à la généralisation de l'article 829 C. civ. et admet comme elle son application à tous les partages d'une indivision quelconque.

Jurisprudence

La jurisprudence, en abandonnant définitivement le système fondé sur l'idée d'avancement d'hoirie (23) et en faisant prévaloir l'idée de prélèvement (24), devait être amenée tout naturellement à généraliser la pratique du rapport des dettes et à l'étendre au partage de toute espèce d'indivision (25), au partage de l'indivision sociale, par conséquent. Mais il convient d'examiner les arrêts d'assez près pour voir comment cette généralisation s'est opérée et pour en déterminer les caractères et la véritable portée.

Ch. civ. cass., 8 février 1882. Application des règles du rapport des dettes aux partages de caractère social

Voici un premier exemple (Ch. civ. cass., 8 février 1882, S. 1882, 1, 224, D. 1882, 1, 317). Une société en nom col-

(22) Ed. MEYNIAL, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1886.

(23) Bordeaux, 16 août 1870, précité.

(24) V. not. Req. rej., 7 juillet 1892, précité.

(25) Pour l'indivision résultant de l'établissement de la communauté, V. AUBRY et RAU, § 511, texte, références et notes 26 *quinquies* et 26 *series*.

lectif — personne civile, par conséquent, — a été établie entre plusieurs personnes. A la suite d'opérations diverses, l'un des coassociés devient débiteur d'une somme de 100 à l'égard de la société. Puis il tombe en faillite. La faillite d'un associé en nom collectif entraînant, comme on sait, la faillite de la société, celle-ci est déclarée dissoute, puis on procède à la liquidation. Un conflit s'élève alors entre le liquidateur représentant la société dissoute et le syndic agissant au nom des créanciers du coassocié tombé en faillite. En fait, ce coassocié avait fait à la société l'apport d'une somme de 150. Le syndic demande au liquidateur, le versement de cette somme à la masse. Quant à la créance de 100, il suffira que la société produise pour autant à la faillite de son débiteur. Si l'on veut respecter le principe de l'égalité entre les créanciers, — entre les créanciers personnels du coassocié failli, d'une part, et la société créancière, d'autre part, — il n'y a qu'un moyen, celui de remettre à la faillite la part intégrale qui revient au coassocié failli dans l'actif social.

A ce raisonnement, le liquidateur en oppose un autre, tout différent. Au principe de l'égalité entre les créanciers fait obstacle celui de l'égalité entre les copartageants. Lequel des deux doit l'emporter ? Ce dernier, par application des articles 829 et 830 C. civ. Les coassociés copartageants prélèveront sur les biens composant la masse sociale une part égale à celle dont leur coassocié est débiteur, soit 100, sauf ensuite à la faillite à faire valoir son droit de reprise de 150 (26).

(26) Dans l'espèce, le liquidateur plaçant à toutes fins utiles s'était placé en même temps sur le terrain de la compensation en soutenant que

La Cour de Paris (17 août 1880, *Journ. Soc.*, 1880, p. 569) avait donné raison au syndic et refusé toute application des articles 829 et 830 C. civ. (27), mais sa décision a été cassée par un arrêt de la Chambre civile qui a admis le système du rapport en moins prenant en l'analysant comme un procédé de liquidation applicable à tout partage généralement quelconque (Ch. civ., 8 février 1882, précité).

Ch. civ. cass., 6 août 1895.

Situation des créanciers personnels du coassocié débiteur tenu au rapport

Dans une autre hypothèse (Ch. civ. cass., 6 août 1895, S. 1899, 1, 462) il s'agissait de plusieurs héritiers qui

la somme à lui réclamée par le syndic en représentation de la part du coassocié failli dans l'actif social ne devait être rapportée à la masse que défalcation faite du montant intégral de sa dette à l'égard de la société, ce qui, par le jeu de la compensation, autorisait le rapport à la masse de la faillite d'une somme de 50 seulement, au lieu de la somme de 150 demandée par le syndic. La Cour de Paris, dans l'arrêt rapporté au texte, n'a pas admis le raisonnement. Elle a estimé, en effet, que des deux créances, si celle de la société contre l'associé était devenue exigible à l'époque de la faillite, au contraire, celle de l'associé contre la société pour reprise de son apport ne le deviendrait qu'à dater de la dissolution sociale, laquelle, en fait, n'avait pas encore été prononcée (art. 1291 C. civ.).

(27) On notera que si la Cour de Paris en a ainsi décidé, ce n'est nullement pour la raison qu'il s'agissait en l'espèce d'une indivision de caractère social et que le système du rapport des dettes doit être réservé en principe aux indivisions de caractère successoral. L'arrêt du 17 août 1880 constate seulement qu'en fait la dette du coassocié envers la société ne dissimulait pas une libéralité; il rejette, en conséquence, l'application des articles 829 et 830 C. civ. On pourrait en inférer, par argument *a contrario*, que la Cour de Paris, tout en sanctionnant la doctrine classique qui rattache le rapport des dettes au rapport des dons, n'en aurait pas moins transporté le système des articles 829 et 830 C. civ. à une indivision de caractère social, s'il avait été vérifié en fait qu'il s'agissait d'une libéralité déguisée. Sur la valeur de ce raisonnement, comp. *supra*, texte et notes 17, 18 et 18 bis.

avaient formé une association dans le but de conserver indivise la propriété des immeubles qui leur étaient échus dans la succession de leur auteur commun. L'un d'eux avait été nommé gérant de ladite association. Il avait procédé en cette qualité à un certain nombre d'opérations qui, au moment des règlements de comptes, le constituaient débiteur envers ses coassociés d'une somme assez importante. Avant de répartir l'actif social, le notaire liquidateur doit opter entre deux partis : ou bien il diminuera du montant de sa dette la part sociale du coassocié débiteur ; ou bien, au contraire, il lui attribuera sa part tout entière, sauf à ses coassociés créanciers à faire ensuite valoir leur droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, en concurrence, bien entendu, avec ses créanciers personnels. En fait, le coassocié débiteur avait hypothéqué sa part indivise au profit d'un établissement de crédit auquel il avait emprunté des fonds. Quelle était la situation de ce créancier hypothécaire par rapport aux coassociés, simples créanciers chirographaires (28) ? La Cour d'Alger (arrêt du 5 mars 1892) avait refusé d'appliquer les dispositions des articles 829 et 830 C. civ. qui eussent enlevé, disait-elle, à l'hypothèque de la banque une grande partie de son intérêt, puisqu'elles permettaient fatalement aux coassociés de se payer sur la part de leur coassocié débiteur avant que la banque, malgré sa qualité de créancière hypothécaire, pût elle-même intervenir. La Chambre civile (6 août 1895, précitée), considérant que, sous le point de vue des règles du rapport des

(28) En vertu d'un contrat de mandat. V. *supra*, chap. I.

dettes (art. 829 et 830 C. civ.), il n'y avait point de différence à établir entre le partage d'une indivision successorale et le partage de toute indivision sociale généralement quelconque (art. 1872 C. civ.), a cassé l'arrêt de la Cour d'Alger et spécifié qu'en aucun cas les créanciers personnels d'un coassocié copartageant, même investis d'une hypothèque, ne pouvaient prétendre à autre chose qu'à exercer leurs droits sur la part indivise de leur débiteur telle qu'elle est déterminée par le partage et par le jeu des règles du rapport.

Nous sommes loin de la doctrine classique fondée sur l'idée d'avancement d'hoirie (29). Fait à noter, l'évolution de la jurisprudence en cette matière s'est déroulée sur un espace de dix années, au plus (1890-1900, environ), mais elle ne s'est point faite sans quelques à-coups, ni sans révéler quelques contradictions.

Après avoir imposé le rapport non plus à des héritiers, mais à des institués contractuels (Ch. civ., 9 février 1887, S. 1888, 1, 5, note Labbé) (30), la Cour de cassation devait être logiquement amenée à l'étendre à tout copartageant généralement quelconque, au coassocié débiteur de son coassocié, par exemple (Ch. civ., 6 août 1895, précité) et à quelque titre que la dette sujette au rapport ait été contractée. Cette dernière formule que paraissent impliquer les deux arrêts que nous avons analysés précédemment, semble cependant en désaccord avec deux autres arrêts postérieurs — ceux-là, de la Chambre des

(29) V. PLANIOL, *Trailé*, nos 2301 et suiv.

(30) *Adde* : Ch. civ., 1^{er} juin 1891, S. 1891, 1, 401. Pour la critique de toute cette jurisprudence, v. HUC, t. V, n° 373.

requêtes (Req., 23 avril 1898, S. 1902, 1, 188 et 13 avril 1899, S. 1902, 1, 185 et la note).

Req., 23 avril 1898 et 13 avril 1899

Des héritiers se sont entendus pour nommer l'un d'entre eux administrateur temporaire des biens successoraux. La Chambre des requêtes décide que les dettes nées à l'occasion de l'administration des biens héréditaires, à la charge du cohéritier administrateur, seront soumises au rapport, à la condition expresse cependant qu'elles se rattachent directement à l'indivision successorale. Ainsi, s'il s'agissait d'une dette née postérieurement à l'ouverture de la succession, à la charge d'un successible vis-à-vis des autres, ne se rattachant en aucune manière à l'indivision successorale et mettant seulement en jeu les intérêts de tel ou tel cohéritier vis-à-vis de tel autre, le rapport des dettes ne serait pas dû (31). S'il fallait transporter ce raisonnement à nos hypothèses de partages sociaux, nous dirions, par exemple, que le coassocié choisi pour administrer — et peut-être aussi pour liquider les biens sociaux, — n'est tenu de rapporter que les dettes se rattachant directement et exclusivement à l'indivision sociale. Précisons : s'il s'agissait d'une dette mettant en jeu les intérêts du coassocié gérant — ou du liquidateur — vis-à-vis de tel coassocié déterminé et non vis-à-vis de la société personne civile ou de tous les associés considérés *ut universi*, le rapport ne serait pas dû. Cette réserve paraît bien incompatible avec la généralité des termes

(31) En ce sens : Req. rej., 7 juillet 1892, précité.

employés par la Chambre civile tant dans l'arrêt du 8 février 1882 que dans celui du 6 août 1895.

Remarque. Art. 856 C. civ.

Voici autre chose. Il y a dans le Code civil une autre disposition intimement liée au système du rapport : c'est celle de l'article 856 C. civ. qui fait courir les intérêts des sommes dont les cohéritiers doivent le rapport du jour de l'ouverture de la succession (32). L'article 856 C. civ. est-il applicable aux rapports entre coassociés ? Cela dépend. Si nous raisonnons en rattachant le système des articles 829 et 830 C. civ. au rapport des dons et si nous disons : la loi a voulu que la donation en avancement d'hoirie, quoique rapportable, conférât tout au moins au successible pendant un certain temps la jouissance du bien donné, — alors et par là même nous admettons qu'en raison de son caractère exceptionnel la disposition de l'article 856 C. civ., pas plus d'ailleurs que celle des articles 829 et 830 C. civ., ne peut être étendue au delà de ses termes. Par conséquent, les intérêts des sommes dues par le coassocié débiteur courent, conformément au droit commun, à partir de la sommation (art. 1153 C. civ.). Ainsi en a décidé la Chambre civile (Ch. Civ., 24 février 1879, S. 1879, 1, 169).

Au contraire, si nous faisons nôtre la thèse sanctionnée par les arrêts des 8 février 1882 et 6 août 1895, et si nous disons : les articles 829 et 830 C. civ. s'expliquent et ne peuvent s'expliquer que par la volonté du législateur

(32) AUBRY et RAU, § 631, note 43.

d'instituer un procédé de liquidation normalement applicable à tout partage quelconque, — alors et par là même nous admettons qu'en raison de son caractère général, et, plus exactement, en raison des motifs qui l'ont inspirée, la disposition de l'article 856 C. civ. doit être transportée *mutatis mutandis* aux rapports entre coassociés. Il est probable, en effet, que si la question était posée à nouveau, on aurait quelques chances de succès en argumentant des arrêts de 1882 et de 1895 pour obtenir de la Chambre civile qu'elle revienne sur la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 24 février 1879. Le coassocié débiteur devrait les intérêts non à compter de la demande mais à partir de la dissolution de la société (33).

Théorie de la réalité de la personne civile

A partir de la dissolution de la société... est-ce encore bien certain ? Est-il donc de méthode absolument sûre de raisonner ainsi par analogie et d'assimiler à l'ouverture de la succession d'une personne physique l'ouverture de la liquidation d'une société quelconque ? A supposer même que la société sur laquelle on raisonne, soit revêtue de la personnalité civile, cela nous autorise-t-il, sous ce point de vue des procédés de liquidation du patrimoine, à abolir toute différence et toute distinction entre les personnes physiques et les personnes civiles ?

(33) Il paraît en effet contradictoire, s'agissant des rapports entre coassociés, de leur appliquer les articles 829 et 830 C. civ. et d'en écarter l'article 856 C. civ. GUILLOUARD, n° 349 ; HOUPIIN, I, n° 156 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n° 3011.

Avant d'indiquer notre opinion personnelle sur ce problème général (34), voyons immédiatement à quels résultats cette prétendue assimilation des personnes civiles aux personnes physiques nous conduirait dans la matière du rapport. On a pu dire et on a dit (35) : au fond, pourquoi établirait-on un régime différent pour les coassociés, véritables successeurs de la personne civile ? Au jour de la dissolution, la société a disparu comme disparaît la personne au jour de son décès. Dans les deux cas nous sommes en présence d'une succession proprement dite ; dans les deux cas, il y a transmission d'un patrimoine, etc... Bref, pour savoir si les règles du rapport sont applicables au partage du patrimoine social, point n'est besoin, dit-on, de rechercher les origines des articles 829 et 830 C. civ. ni de déterminer les caractères de fond de cette institution ; il suffit de remarquer que les coassociés qui viennent à la *succession* (sic) de la personne civile sont des cohéritiers à leur manière... On retournerait presque à l'idée d'avancement d'hoirie (sic). On y reviendrait, au besoin. Qu'importe ? Le rapport serait toujours applicable, et pour les mêmes raisons !

Req., 25 mars 1890

En faveur de cette thèse — dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle paraît singulièrement hardie, — il n'existe à notre connaissance qu'un arrêt (Req. rej., 25 mars 1890, S. 1892, 1, 126 et *Journ. trib. comm.*, 1891, p. 597) ; encore

(34) *Infra*, texte et notes 72 et suiv.

(35) Comp. HÉMARD, *passim* et nos 346 et 587. Quelquef. THALLER et PIC, n° 646 *in fine*.

faut-il le « solliciter » en ce sens. Deux frères avaient mis en commun certains capitaux en vue d'exercer un commerce déterminé. Aucun acte écrit n'avait été dressé ; aucune publication n'avait été faite. C'est ce que certains auteurs appellent la société *créée* de fait (36) par opposition à la société de fait proprement dite ou société nulle (37). La Chambre des requêtes a décidé que l'absence de personnalité civile des groupements de ce genre empêche que « l'un des associés puisse se remplir, par voie de prélèvement sur l'actif de la société de fait, des avances qu'il a pu faire à son coassocié à raison de la gestion des affaires sociales ». On en conclut que si l'article 829 C. civ. est inapplicable à l'espèce, c'est qu'il n'y a pas d'être moral susceptible de revêtir la qualité de créancier ou celle de débiteur ; pas de personne civile ; pas de patrimoine autonome ; pas de masse à laquelle des rapports puissent être effectués. Traduisez : si l'arrêt de la Chambre civile du 8 février 1882 (précité) a admis le rapport, c'est qu'il s'agissait d'une société en nom collectif, d'une personne civile, par conséquent.

Conclusion

Cette doctrine, l'arrêt du 9 août 1895 qui a étendu, comme nous savons, la règle du rapport à l'hypothèse d'une simple association de caractère civil, — sans personnalité, par conséquent, — suffirait à lui seul à en démontrer l'inanité. Bien plus, c'est justement à propos de groupe-

(36) HÉMARD, n° 150.

(37) Cf. *infra*, chap. V.

ments complètement dépourvus de personnalité que la jurisprudence a eu à se prononcer pour la première fois sur l'extension de l'article 829 C. civ. aux rapports de coassocié à coassocié, — extension dont elle a d'ailleurs admis, semble-t-il, le principe dès cette époque (38). Enfin, dès 1883 la Cour d'Orléans (14 mars 1883, S. 1883, 2, 159, D. 1885, 2, 25) s'inspirait de l'arrêt de la Chambre civile du 8 février 1882 dans l'hypothèse d'une société irrégulièrement constituée (39).

Art. 883 C. civ. Effet déclaratif du partage

Cela n'est rien encore. Avec la règle de l'effet déclaratif du partage (art. 883 C. civ.), nous allons voir sur quel terrain mouvant nous entraînerait la doctrine précédente.

Premier exemple. Ch. civ., 9 mars 1886

Nous empruntons un premier exemple à un arrêt de la Chambre civile du 9 mars 1886 (S. 1888, 1, 241, note Labbé, D. 1886, 1, 353). Primus et Secundus ont formé une société de fait (société non publiée) qui comprend un actif immobilier assez important. Ultérieurement il est convenu qu'un tiers, Tertius, pourra entrer dans la société moyennant le versement d'un apport dans un délai déterminé. En fait, cette hypothèse se réalise. L'offre est acceptée par Tertius. Les trois associés décident alors

(38) V. Cass., 29 mars 1836, S. 1836, 1, 492, D. 1838, 1, 62 (en matière d'association en participation).

(39) Dans la doctrine courante, la communauté n'a pas non plus le caractère de personne civile et néanmoins elle comporte l'application de l'article 883 C. civ. Cass., 13 janvier 1909, S. 1911, 1, 441, note NAQUET. *Supra*, note 25. Cf. *infra*, chap. IV, note 45.

que les effets de la société remonteront pour chacun d'eux sans distinction au jour de la constitution. Acte est dressé de cette convention. Là-dessus, la société est dissoute. On procède au partage. Tertius se voit attribuer dans son lot des immeubles qui faisaient partie de l'actif social avant qu'il entrât lui-même dans la société. Ces immeubles sont-ils toujours frappés par l'hypothèque légale de la femme de Primus ? En vertu de l'effet déclaratif du partage, Tertius n'est-il pas censé en avoir été propriétaire *ab initio* ?

Dans l'espèce, la Chambre civile s'est appuyée sur la convention par laquelle les coassociés avaient décidé *medio tempore* de faire rétroagir les droits de Tertius au jour où la société avait été constituée entre les deux coassociés primitifs, Primus et Secundus. Quelle était au juste, au regard de la femme de Primus, la valeur de cette convention ? La femme de Primus n'était-elle pas en droit de l'ignorer ? Une convention peut-elle être ainsi douée d'un effet rétroactif au détriment des tiers ? C'est sur ce point que la Chambre civile s'est prononcée. Conformément à la volonté des parties, elle a fait remonter l'effet du partage à la date de la constitution de la société. Elle a effacé en conséquence sur les immeubles mis au lot de Tertius l'hypothèque légale de la femme de Primus. Comme le remarque le savant annotateur de l'arrêt, M. Labbé, la solution eût été beaucoup plus solide si, au lieu de se borner à affirmer la validité de ladite convention et de s'appuyer sur elle, — validité qui demeure, malgré tout, assez douteuse, — la Cour suprême avait construit son raisonnement sur ce que la règle de

l'article 883 C. civ. est complètement indépendante quant au fond tant des caractères de l'indivision dissoute que de l'individualité des personnes entre lesquelles elle fonctionne. Quoi qu'il en soit de cette difficulté spéciale à l'espèce envisagée, deux principes certains sont consacrés par l'arrêt du 9 mars 1886, c'est à savoir : 1^o que l'article 883 C. civ. doit être étendu des partages de caractère successoral aux partages de sociétés (40), et 2^o que cette extension concerne les sociétés de fait, — des sociétés dépourvues de personnalité, par conséquent. Quant au point de savoir à quelle époque remontent les effets du partage, s'agissant des sociétés de fait, ils rétroagissent en principe à la date de la constitution de la société (40 bis).

Deuxième exemple

Transformons maintenant l'hypothèse. Supposons que nous sommes en présence d'une société personne civile. Primus et Secundus contractent une société en nom collectif. Primus qui est marié sous le régime de la communauté, apporte à la société un immeuble commun. L'immeuble commun devient un immeuble social. Première question : la femme de Primus peut-elle invoquer son hypothèque légale sur la part indivise de son mari dans l'immeuble social ?

Allons plus loin. La société en nom collectif est dissoute par la faillite de Secundus. Primus, qui a été nommé liquidateur, fait inscrire une première hypothèque conven-

(40) AUBRY et RAU, § 385, note 2 bis.

(40 bis) V. *infra*, texte et note 57.

tionnelle sur l'immeuble social. Une autre hypothèque est inscrite au nom des créanciers de Secundus et au profit d'un tiers par le syndic de la faillite. A la suite des opérations du partage, l'immeuble hypothéqué tombe au lot de Secundus. Deuxième question : quel est le sort respectif des deux hypothèques dont l'immeuble a été successivement grevé depuis la date de la dissolution de la société ?

Première question

Sur la première question (41), aucun doute n'est possible. Pendant toute la durée de la société, traduisez : tant que vit la personne civile, l'immeuble social n'est plus la propriété de celui qui l'a apporté. Il est la propriété de la personne civile qui seule a qualité pour le grever de tout droit réel quelconque ou pour l'aliéner (42). Par conséquent, l'hypothèque légale de la femme, à supposer même qu'elle fût limitée à la part future du mari dans la liquidation, serait nulle comme portant sur la chose d'autrui (43).

Deuxième question

Mais *quid* des hypothèques constituées après la dissolution de la société ? Admettons provisoirement la théorie de l'assimilation complète des personnes fictives aux personnes physiques. Nous dirons : la dissolution de la

(41) Req. rej., 29 mai 1865, S. 1865, 1, 325.

(42) A moins de conventions contraires contenues dans l'acte de société ou dans l'acte d'apport, et dans la mesure où ces conventions sont licites. Sur la validité des clauses temporaires d'inaliénabilité, v. PLANIOL, t. I, n° 2345.

(43) En ce sens : Req., 29 mai 1865, précité.

personne civile correspond au décès de la personne physique ; elle produit sur la dévolution et sur la transmission du patrimoine social des effets analogues ; les règles applicables à la liquidation et au partage sont exactement les mêmes (art. 1872 C. civ.). Par conséquent, en vertu des dispositions de l'article 883 C. civ., seules pourront être maintenues les hypothèques constituées *medio tempore* par le coassocié attributaire de l'immeuble social ; les hypothèques constituées dans le même temps par les autres coassociés sont rétroactivement anéanties. Seule l'hypothèque consentie par le syndic de la faillite de Secundus est valable. L'hypothèque de Primus disparaît.

Conséquences de la rétroactivité du partage au jour de la dissolution

Cette solution — tout à fait conforme à la règle de l'article 883 C. civ. — est évidemment inadmissible. Elle revient à dire que le coassocié liquidateur Primus n'a pu hypothéquer les immeubles sociaux que dans la mesure de sa part et sous la réserve que les immeubles hypothéqués lui seraient attribués par le partage. C'est absurde et contraire au principe de toute liquidation (44). Bien plus. Elevons le débat. Cela revient à dire qu'à dater de la dissolution chaque coassocié a pu librement disposer de sa part. Quelle est alors la garantie des créanciers sociaux ? Dans notre exemple, dès le jour de la dissolution, les créanciers personnels de Secundus ont acquis la libre disposition de sa part dans l'actif

(44) V. not. *supra*, chap. I, texte et notes 91 et suiv.

social, au détriment des créanciers de la personne civile disparue, c'est-à-dire des créanciers sociaux. Que devient le droit de gage général de ceux qui ont traité avec la personne civile ? Il perd tout sens pratique et toute portée effective (45).

La séparation des patrimoines. Art. 878 C. civ.

Mais on fait remarquer qu'un problème identique se pose en matière successorale. Pour permettre aux créanciers de l'hérédité d'éviter le concours des créanciers personnels de l'héritier sur les biens dépendant de la succession, la loi a imaginé un remède : c'est la séparation des patrimoines (46). Il n'y a, dit-on, qu'à transporter purement et simplement le système de l'article 878 C. civ. aux hypothèses de dévolution du patrimoine

(45) En effet, comment admettre la possibilité de ce concours des créanciers sociaux avec les créanciers personnels des coassociés sur l'actif social, au moment où les créanciers sociaux, qui sont les plus dignes d'intérêt — puisque ce sont ceux qui ont fait le plus longtemps crédit à la société, — viennent justement demander la réalisation de leur gage ? Cette confusion du patrimoine social avec les patrimoines individuels des coassociés à la date de la dissolution, conséquence directe de la doctrine exposée au texte, est même, peut-on dire, en opposition radicale et complète avec les conditions dans lesquelles les créanciers sociaux ont entendu s'engager. On peut soutenir, en effet, que si les créanciers sociaux ont consenti à s'obliger, c'est précisément en raison de l'existence d'un patrimoine social séparé et distinct du patrimoine individuel de chaque associé, à l'abri par conséquent de l'action des créanciers personnels. — Comp. THALLER et PIC, n° 614. Mais de toute évidence, ce raisonnement n'est soutenable qu'en présence des sociétés revêtues de la personnalité civile. Pour les autres sociétés et même, dans une certaine opinion, pour la société civile, le concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels serait inévitable ; il devrait être alors résolu par application de l'article 2093 C. civ. V. AUBRY et RAU, § 383, note 7. — Comp. Req. rej., 1^{er} décembre 1856, D. 1856, 1, 451.

(46) Sur le fonctionnement de la séparation des patrimoines en matière successorale, v. AUBRY et RAU, § 619.

social. De la sorte, les créanciers sociaux seront préférés aux créanciers personnels des associés sur les biens composant l'actif social (47).

Jurisprudence

La personne civile survit à la dissolution pour les besoins de la liquidation

La jurisprudence n'a jamais admis ce raisonnement (48). Elle a préféré construire, en notre matière, une théorie spéciale, complètement étrangère au droit

(47) Pour les auteurs qui assimilent la situation des coassociés pendant la liquidation à celle des cohéritiers appelés à recueillir la succession d'une personne physique, ce raisonnement est la conséquence logique de leur système. Mais il n'est pas besoin de le pousser bien loin pour aboutir à des résultats inadmissibles. On sait que, aux termes d'une jurisprudence peut-être critiquable mais certaine et depuis longtemps établie (Paris, 20 juillet 1811, S. 1811, 5, 385 ; Cass., 18 juin 1833, S. 1833, 1, 730) (AUBRY et RAU, § 619, texte et note 71) l'acceptation bénéficiaire emporte de plein droit la séparation des patrimoines au profit des créanciers et des légataires du *de cujus*. Faut-il décider pareillement que la séparation des patrimoines sera acquise *ipso jure* aux créanciers de la société dès qu'ils seront en présence de coassociés — commanditaires ou actionnaires — tenus seulement dans la limite de leurs apports ? L'affirmative reposerait sur des prémisses absolument gratuites. Sans doute, dans les deux cas, nous sommes en présence d'un débiteur qui a entendu limiter ses risques, mais là doit s'arrêter la comparaison et la situation de l'héritier bénéficiaire ne saurait être confondue avec celle du commanditaire pas plus d'ailleurs qu'avec celle du liquidateur (Comp. *supra*, chap. I, note 93). C'est qu'en effet les deux catégories d'hypothèses sont fondamentalement différentes : en règle générale, l'acceptation bénéficiaire fait présumer que le patrimoine à liquider est insolvable ; on ne peut induire rien de tel de la présence de coassociés à responsabilité limitée (*sensu lato*) à la liquidation du patrimoine social.

(48) On ne confondra pas la séparation des patrimoines de l'article 878 C. civ. avec celle dont parlent certains auteurs ou dont il est question dans de très anciens arrêts (V. Cass., 13 février 1821, rapporté par MERLIN, *Quest.*, v^o *Société*, § 1, p. 547, et TROPLONG, *Traité des sociétés*, t. II, n^o 859, p. 340 à 344. *Adde* : Req. rej., 22 mars 1843, D. 1844, 1, 253 ; Limoges, 2 juin 1843, D. 1844, 2, 88). Il s'agit de savoir, dans ces différentes hypothèses, si les créanciers personnels peuvent être préférés

commun de l'indivision successorale, — théorie traduite par une formule que nous avons d'ailleurs déjà rencontrée (49) et aux termes de laquelle *la société survit à la dissolution en tant que personne civile pour les besoins de sa liquidation*.

Condition juridique des sociétés en liquidation

Cette formule qui est établie de façon définitive dans la jurisprudence actuelle (50), a soulevé de nombreuses controverses, et les auteurs qui ont cherché à en donner une explication théorique satisfaisante, discutent encore aujourd'hui beaucoup sur la condition juridique des sociétés en liquidation. On dit que la société survit en tant que personne civile à la dissolution. Est-ce bien exact ? Sommes-nous en présence d'une personne civile véritable ? N'est-ce pas plutôt une simple indivision qui échappe au droit commun et que la jurisprudence soumet à des règles particulières, propres au droit des sociétés commerciales ?

Sans nous attarder aux différents systèmes qui ont été proposés (51), nous remarquerons seulement que les réserves apportées par la jurisprudence elle-même au

aux créanciers qui ont traité avec l'associé comme tel sur les biens affectés à une société nulle. C'est par un abus évident de langage qu'on a pu, en pareil cas, parler de séparation des patrimoines. Tout au plus s'agit-il d'un droit de préférence à reconnaître aux créanciers personnels de l'associé sur les biens composant l'indivision de fait.

(49) *Supra*, chap. I, texte et notes 96 et suiv.

(50) *Supra*, chap. I, note 97. Req. rej., 21 juin 1926, *D. hebdomadaire*, 1926, p. 454 ; Req. rej., 26 décembre 1927, *S.* 1928, 1, 56.

(51) Sur la condition juridique des sociétés en liquidation, v. les auteurs cités *supra*, note 4. *Adde* : pour les sociétés nulles, HÉMAR, *op. cit.*, n° 183.

principe dont elle a fait son point de départ, tendent à atténuer dans une très large mesure les conséquences de ce principe, au moins dans les rapports des associés entre eux sinon dans les relations des associés avec les tiers. Affirmer, en effet, que la personnalité civile survit à la dissolution pour les besoins de la liquidation, c'est décider, par là même, que le patrimoine social conserve son individualité propre, qu'il ne se confond point avec le patrimoine des associés tant que dure la liquidation ; en un mot, c'est reconnaître que les biens composant l'actif social sont frappés d'indisponibilité entre les mains de la personne civile survivante qui en reste propriétaire jusqu'à complet désintéressement des créanciers sociaux. Or, cette thèse qui n'est que le développement logique de la formule jurisprudentielle courante, est nettement infirmée par deux arrêts de la Chambre civile.

Ch. civ., 12 février 1890

Dans un premier arrêt rendu, il est vrai, en matière fiscale (Ch. civ. rej., 12 février 1890, S. 1891, 1, 230), la Cour de cassation avait à statuer sur une société en nom collectif dissoute par consentement mutuel. A une date postérieure à la dissolution mais antérieure au partage, la femme d'un coassocié vient à décéder, laissant cinq enfants mineurs. Il s'agit de déterminer la part de ces héritiers mineurs dans la communauté et plus spécialement dans les droits sociaux entrés dans la communauté. Quelle est la nature exacte de ces droits ? Autrement dit, faut-il appliquer à notre hypo-

thèse l'article 529 C. civ. et décider que pendant la durée de la liquidation, les associés ou leurs représentants, titulaires d'un droit purement mobilier (art. 529 C. civ.), ne sont que créanciers de la part qui doit leur revenir dans l'actif social ? Faut-il, au contraire, écarter l'article 529 C. civ. et décider que, dès l'instant de la dissolution, les coassociés ou leurs représentants n'ont plus seulement un *jus ad rem* mais un *jus in re*, qu'ils n'ont plus seulement un droit de créance mais bien un véritable droit de copropriété sur la masse sociale ? Seule la première solution s'accorde avec la présomption de survie de la personne civile. Or, c'est la seconde qui a été sanctionnée par l'arrêt du 12 février 1890.

Ch. civ., 22 février 1892

Dans une autre espèce (Ch. civ. rej., 22 février 1892, S. 1893, 1, 49, D. 1894, 1, 147) il s'agissait de savoir si dans l'intervalle de la dissolution au partage et avant même que les créanciers sociaux fussent complètement désintéressés, les coassociés pouvaient disposer de leur part au profit d'une société nouvelle. La Chambre civile en admettant l'affirmative, a reconnu, à nouveau, la nécessité d'apporter certains tempéraments à l'idée de survie de la personne civile.

En somme, ces deux arrêts de 1890 et de 1892 tendraient à préciser la théorie jurisprudentielle en ce sens que si la personnalité civile survit à la dissolution, c'est seulement dans l'intérêt des tiers et dans les rapports des coassociés avec ces tiers, — en entendant ici par tiers ceux qui ont traité avec la société avant la

dissolution (52), c'est-à-dire les ayants cause à titre particulier de la personne civile. Dans les rapports des associés entre eux, au contraire, la personne civile aurait complètement disparu, au jour même de la dissolution (53), ce qui reviendrait à dire que, s'agissant des rapports des associés entre eux, la dissolution a pour effet de substituer au patrimoine social une simple indivision, et de transformer les coassociés, jusqu'alors simples créanciers, en véritables copropriétaires. Cette doctrine, s'il fallait l'admettre, laisserait donc place, au moins dans une certaine mesure, à l'application de l'article 883 C. civ., les effets du partage remontant au jour de la dissolution, sous réserve du droit des créanciers sociaux. Mais il n'est pas bien certain qu'on puisse concilier cette explication avec d'autres décisions rendues dans des hypothèses différentes (54). Nous nous

(52) Et même après la dissolution jusqu'à la fin de la liquidation, le principe de survie de la personne civile impliquant que les créanciers de la liquidation doivent être considérés à tous égards comme des créanciers sociaux. En ce sens : WAHL, n° 1163.

(53) Voilà qui éclaire d'un jour significatif et qui confirme la conclusion à laquelle nous ont conduit les développements de notre chapitre II. Nous voyons ici que, pendant la liquidation, la personne civile peut à la fois continuer d'exister vis-à-vis des tiers et disparaître au regard des coassociés. Comment admettre dans ces conditions l'idée d'indivisibilité de la personne civile, au sens où nous avons pris l'expression dans notre chapitre II ? — Comp. note THALLER, sous Cass., 30 mai 1892, D. 1893, 1, 107. Ici encore la personne civile doit être distinguée de la personne physique, laquelle ne pourrait pas tout ensemble être et ne pas être.

(54) Tout au moins conviendrait-il d'apporter à la formule indiquée au texte quelques nouvelles réserves. V. not. Req. rej., 27 juillet 1863, S. 1863, 1, 457. La Chambre des requêtes a décidé que le tiers acquéreur de l'immeuble social aliéné ne pouvait valablement se libérer qu'entre les mains du liquidateur : serait nul le paiement fait à tel coassocié déterminé, alors même que celui-ci ne recevrait ainsi que le montant de sa part. Les considérants de l'arrêt précité reconnaissent expressément

bornerons à signaler l'idée, faute de pouvoir entrer ici dans des développements plus détaillés.

Conclusion

Quoi qu'il en soit, et malgré le caractère flottant et quelque peu contradictoire de toute cette jurisprudence, il n'est pas douteux que si, d'une part, la règle de l'article 883 C. civ. n'est nullement incompatible et s'accorde même parfaitement dans son principe avec les partages de sociétés, il ne faudrait pas, d'autre part, tenter de l'expliquer par une assimilation plus ou moins complète des personnes civiles aux personnes physiques sous le point de vue des règles de transmission du patrimoine. Ce serait une erreur profonde de croire qu'on peut justifier l'application de l'article 883 C. civ. aux partages de sociétés en établissant un parallèle entre la succession d'une personne physique et la prétendue succession d'une personne civile. En effet, c'est justement en matière d'indivision sociale, en présence, par conséquent, de sociétés complètement dépourvues de personnalité (association en participation, par exemple) que la règle de l'article 883 C. civ. produit ses effets les plus étendus (55). S'agit-il, au contraire, de personnes

aux coassociés un véritable droit de copropriété sur les biens de la société en liquidation, mais ils n'admettent l'exercice de ce droit que dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'irrévocabilité du mandat conféré au liquidateur. V. *supra*, chap. I, texte et notes 96 et suiv. — Comp. PONT, II, n° 1987.

(55) Pour les sociétés à objet civil et à forme commerciale, avant la loi du 1^{er} août 1893, v. Req. rej., 8 août 1859, D. 1859, 1, 424 ; Req., 3 février 1868 (matière fiscale), D. 1868, 1, 225, et Orléans, 26 août 1869, D. 1869, 1, 185. Pour les sociétés civiles proprement dites, v. *supra*,

civiles véritables ? Le système admis alors par la jurisprudence enlève, à peu près, tout intérêt au caractère rétroactif du partage ; l'article 883 C. civ. cesse de s'appliquer, ou, tout au plus, ne trouve-t-il qu'une application limitée. Au premier cas, la rétroactivité remonte au jour même de la constitution de la société (56) ; au second, elle ne remonte qu'au jour de la dissolution et elle n'est opérante que réserve faite des droits des créanciers sociaux et plus généralement des besoins de la liquidation (57).

note 40 et pour les sociétés dites de fait, Ch. civ., 9 mars 1886 précité. — Comp. HÉMAR, n° 589. *Addé* : Riom, 4 avril 1927 (coopérative agricole), *D. hebdomadaire*, 1927, p. 392, et Ch. civ., 13 juillet 1927 (société de fait), S. 1928, 1, 9, note H. SOLUS.

(56) Ou à la date où le bien est entré dans la société, si celle-ci est postérieure à la constitution. — Comp. THALLER et PIC, n° 680. Sur les difficultés soulevées dans le même ordre d'idées par l'adhésion d'un associé à la société à une époque postérieure à la date originale de la constitution, v. *supra*, Ch. civ., 9 mars 1886, précité.

(57) C'est une formule courante dans les arrêts que la société continue de présenter les caractères d'une personne civile pendant la liquidation. Ne conviendrait-il pas de préciser en ajoutant qu'il en est ainsi jusqu'au partage ? La question présente un intérêt notamment au point de vue de l'application éventuelle de l'article 883 C. civ. Il se pourrait en effet que la fin de la liquidation ne coïncidât pas nécessairement avec la date du partage, qu'elle fût, par exemple, antérieure, ou que, inversement, les biens sociaux fussent considérés comme partagés alors que la liquidation n'est pas encore terminée. V. sur cette dernière hypothèse, Cass., 19 mai 1868, D. 1869, 1, 317 et 24 novembre 1885, S. 1888, 1, 66. Cf. THALLER et PIC, n° 676 *in fine*. D'autre part, l'application de l'article 883 C. civ. en matière de sociétés suppose-t-elle, comme en matière successorale, la cessation complète et totale de l'indivision ? V. en matière successorale, Cass., 24 avril 1884, S. 1884, 1, 209. AUBRY et RAU, § 625, note 1. A notre connaissance, il n'existe pas d'arrêt qui se soit prononcé directement sur cette question. Sur l'hypothèse d'une cession de droits sociaux qui, sans aucun doute, n'aurait pas pu être considérée comme équipollante à partage au point de vue de l'effet déclaratif, v. Cass., 24 mai 1892, S. 1892, 1, 469.

Art. 882 C. civ. Opposition des créanciers.**Première explication**

Avant de conclure définitivement, il nous paraît utile d'ouvrir ici une parenthèse à propos d'un texte auquel on a essayé — d'ailleurs, avec raison — d'appliquer les mêmes procédés de raisonnement : nous voulons parler de l'article 882 C. civ. On sait qu'en matière de partage, l'action Paulienne est soumise à des règles particulières annoncées par l'article 1167 C. civ. et formulées dans l'article 882 C. civ. Dans une certaine opinion, la loi, en invitant les créanciers personnels de l'héritier copartageant à faire opposition au partage, aurait décidé, par là même, que l'absence d'opposition forme obstacle à ce que le partage puisse être attaqué, même pour cause de fraude concertée entre tous les héritiers (58). En d'autres termes, quand les créanciers n'ont pas fait opposition, le partage, même accompli en dehors de leur présence, serait à l'abri de toute critique (59). L'article 882 C. civ. consacrerait ainsi l'irrévocabilité du partage à l'égard des créanciers non opposants.

Deuxième explication

Cette doctrine n'a pas été acceptée par tous les auteurs et la jurisprudence a longtemps hésité avant de la sanctionner (60). Un autre système, soutenu notamment par MM. Aubry et Rau (61), présente la disposition de

(58) V. not. en ce sens : PLANIOL, t. III, n° 2439.

(59) Req. rej., 9 juillet 1866, S. 1866, 1, 361, D. 1866, 1, 369.

(60) V. not. Amiens, 17 mars 1869, S. 1869, 2, 196.

(61) AUBRY et RAU, § 626, note 46 *ter*.

l'article 882 C. civ. sous un jour différent. Nous serions seulement en présence d'un mode d'exercice particulier de l'action Paulienne imaginé en vue de certaines hypothèses déterminées, et qui n'excluerait nullement l'intervention de l'article 1167 C. civ. lorsque les conditions d'application de l'action Paulienne du droit commun sont réunies. C'est ainsi que, pareillement, les articles 446 et 447 C. com. ont institué un régime spécial de l'action Paulienne pour les actes passés pendant la période suspecte en fraude des droits des créanciers du failli (62). Si donc nous raisonnons sur un partage qui a été réalisé entre différents cohéritiers dont l'un est un commerçant en faillite, et si ce partage s'est effectué pendant la période suspecte, nous sommes en dehors de l'application de l'article 882 C. civ. ; le partage envisagé est justiciable des articles 446 et 447 C. com. (63).

La disposition de l'art. 882 C. civ. peut-elle être étendue des partages de successions aux partages de sociétés ?

A la question posée de savoir si l'article 882 C. civ. peut être étendu aux partages de sociétés, on comprend que cette dernière doctrine réponde par la négative (64). On nous montre en effet l'article 882 C. civ. non comme une disposition de caractère général, applicable comme telle à tous partages quelconques, mais bien comme un

(62) V. Req. rej., 28 mai 1895, S. 1895, 1, 385, note critique LYON-CAEN.

(63) M. LYON-CAEN (note critique précitée) conclut à l'inutilité de l'application de l'article 882 C. civ. à l'hypothèse d'un partage même de succession ou de communauté (*adde* de société) frappé par l'article 447 C. com. — *Contra* : Paris, 13 juin 1807, S. 1807, 2, 719.

(64) AUBRY et RAU, § 385, note 6.

texte exceptionnel, dérogame au droit commun de l'article 1167 C. civ., strictement réservé, par conséquent, aux partages de succession (65).

Jurisprudence

Aux incertitudes qui se sont révélées dans la doctrine sur la portée exacte de l'article 882 C. civ. correspond une jurisprudence chaotique et contradictoire. Un premier arrêt de la Cour de Paris (13 juin 1807, rapporté note 63) étend purement et simplement l'article 882 C. civ. aux partages de biens sociaux, mais cette première solution n'est pas suivie par la Cour de cassation qui, dans un premier arrêt du 20 novembre 1834 (S. 1835, 1, 131) écarte l'article 882 C. civ. dans une hypothèse analogue, en considérant que ce texte appartient au droit de la famille et non au régime de la propriété. Deux autres décisions tranchent la difficulté dans le même sens (*soc. commerciale*, Req. rej., 9 juillet 1866, précité ; *indivision de fait*, Ch. civ. cass., 17 novembre 1890, S. 1894, 1, 399) en se basant sur l'absence de texte autorisant l'extension de l'article 882 C. civ. aux partages de sociétés, et aussi sur l'idée que l'article 882 C. civ. ne saurait être appliqué à des actes qui mettent fin à une indivision créée par la seule volonté des parties, comme

(65) En ce sens : PONT, n° 785 ; GUILLOUARD, n° 350 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 776 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, t. I, n° 483. — *Contra* : BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Obligations*, t. I, n° 704 ; BOISTEL, n° 386 ; BRAVARD, I, 416. La question de savoir si l'article 882 C. civ. peut être appliqué aux partages de communauté est également controversée. Pour l'affirm. (arg. art. 1476 C. civ.), v. Req., 9 juillet 1866, rapporté *supra*, note 59 ; pour la négative, GUILLOUARD, *loc. cit.* et note LYON-CAEN sous Req., 28 mai 1895, précité.

une société ou une acquisition commune. Enfin, un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes (28 mai 1895, précité) (66) fait ressortir le caractère exceptionnel de l'article 882 C. civ. par rapport au système de droit commun de l'article 1167 C. civ. et refuse, en conséquence, de l'étendre en dehors des partages de successions ou de communautés. Malgré la diversité des motifs invoqués, une conclusion générale assez nette paraît ressortir de ce premier groupe d'arrêts : par sa nature même, la disposition de l'article 882 C. civ. reste étrangère aux partages de sociétés.

Ch. civ. cass., 18 juillet 1899

Mais comment expliquer alors la décision suivante de la Chambre civile (Ch. civ. cass., 18 juillet 1899, S. 1900, 1, 27, D. 1900, 1, 17, note critique de Loynes) portant que l'opposition formée par un créancier personnel de l'un des associés vaut saisie-arrêt et empêche que l'associé débiteur ne puisse disposer de ses droits dans l'actif de la société en liquidation (67) ? Il est, en effet, de jurisprudence établie en matière de successions que l'opposition à partage ne donne pas seulement au créancier opposant le droit de repousser, comme nul et non avenue, le partage auquel il aurait été procédé hors de sa présence, mais permet aussi d'empêcher que l'héritier débiteur ne cède ses droits héréditaires au préjudice de

(66) Sur pourvoi contre Limoges, 24 mars 1893, D. 1895, 2, 137, note COHENDY.

(67) AUBRY et RAU, §§ 385, notes 6 bis et 626, note 58 *quinquies*.

ses créanciers, ou n'en touche le montant (68). C'est cette dernière solution que, pour « identité de motifs », l'arrêt du 18 juillet 1899 a étendue aux partages de sociétés. Que faut-il en penser ? Cette décision de la Chambre civile n'est-elle pas en contradiction avec toute la jurisprudence antérieure qui refuse de transporter les dispositions de l'article 882 C. civ. aux partages de biens sociaux et plus généralement à toute indivision dont la formation n'a dépendu que de la seule volonté des parties (69) ?

Conclusion générale

Quoi qu'il en soit de ce point particulier, ce rapide aperçu des difficultés extrêmement nombreuses que

(68) AUBRY et RAU, § 626, notes 66 et 66 bis ; COLIN et CAPITANT, III, p. 623 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n° 4217. Req. rej., 18 février 1862, D. 1862, 1, 224 ; Civ. cass., 30 juillet 1895, S. 1897, 1, 29 ; Req. rej., 10 juin 1902, S. 1904, 1, 121. — *Contra* : HUC, V, n° 433 ; PLANIOL, III, n° 2438. Bordeaux, 4 décembre 1872, S. 1873, 2, 78 ; Douai, 20 décembre 1890, D. 1892, 2, 27.

(69) La contradiction n'est sans doute qu'apparente et il ne nous paraît pas impossible de la lever par une distinction (Cf. DE LOYNES, note au D. 1900, 1, 17). Il y a, en effet, deux règles dans l'article 882 C. civ. : l'une relative au droit d'opposition et d'intervention des créanciers des copartageants ; l'autre relative au droit d'attaquer pour cause de fraude un partage consommé. La première n'est qu'une application du droit commun et, comme telle, elle atteint tous les partages généralement quelconques, qu'ils aient pour objet les biens dépendant d'une société en liquidation, d'une communauté ou d'une succession. La seconde, au contraire, est une dérogation au droit commun (art. 1167 C. civ.) puisqu'elle restreint l'exercice de l'action Paulienne ; partant, elle est et ne peut être que d'interprétation stricte.

On notera qu'en ce qui concerne l'indisponibilité des biens entre les mains des associés débiteurs, la disposition de l'article 882 C. civ. perd une grande partie de son intérêt à l'égard des sociétés revêtues du caractère de personne civile, le principe de survie de la personnalité pendant la liquidation assurant déjà cette indisponibilité (Comp. sur l'article 883 C. civ., *supra*, texte et note 57).

soulève la délimitation du domaine exact de l'article 882 C. civ., suffit à montrer que la question posée ici doit se dénouer par les mêmes procédés de raisonnement que nous avons déjà rencontrés et appliqués, notamment à la détermination des partages régis par l'article 883 C. civ. Dans toutes ces hypothèses, — qu'il s'agisse de l'action de l'article 882 C. civ., qu'il s'agisse de l'effet déclaratif du partage de l'article 883 C. civ. ou encore du rapport de l'article 829 C. civ., le problème est identique : il convient de rechercher si le texte sur lequel on raisonne, placé par le législateur de 1804 au titre des successions, normalement applicable, par conséquent, aux partages de biens successoraux ou aux rapports entre cohéritiers, peut être transporté *mutatis mutandis* aux partages de bien sociaux ou aux rapports entre coassociés, et ce, en vertu des dispositions générales de l'article 1872 C. civ. Dans tous les cas, — sans exception aucune, — la question ainsi posée ne peut être résolue — ou éclaircie — qu'à la condition formelle de se prononcer sur le caractère de fond des institutions, et nous reconnaissons volontiers que ce n'est pas toujours là chose aisée. C'est cependant le seul moyen d'apporter un peu de clarté dans ces matières. C'est parce que l'article 829 C. civ. institue un procédé général de liquidation, qu'il doit être étendu aux rapports entre coassociés. C'est parce qu'il est un *texte impératif du régime de la propriété*, que l'article 883 C. civ. s'applique normalement au partage des biens de sociétés en liquidation (70). C'est

(70) Cf. Et. BARTIN, *Cours de droit civil approfondi*, 1925-1926, p. 357 et suiv.

parce qu'il apparaît, au contraire, comme une disposition de caractère exceptionnel, que l'article 882 C. civ. échappe aux partages de biens sociaux, lesquels restent sous l'empire du droit commun de l'article 1167 C. civ.

Cette observation dont nous avons pu, chemin faisant, vérifier la portée, nous conduit à une double conclusion.

Observation sur l'art. 1872 C. civ.

Tout d'abord, — et c'est un premier point, — nous sommes amenés nécessairement à faire quelques réserves sur l'utilité même de l'article 1872 C. civ. Si, en effet, telle institution comme celle de l'effet déclaratif du partage, par exemple, réglementée arbitrairement par le législateur à propos de la liquidation et du partage des indivisions successorales, se révèle dans notre droit avec un caractère de généralité certain, indiscutable, *ipso facto* elle s'applique d'elle-même et tout naturellement à toute indivision quelconque, aux indivisions sociales, par conséquent. Point n'est besoin d'un texte particulier comme l'article 1872 C. civ. pour consacrer cette application. Il y a plus. Un texte de ce genre est dangereux, comme le sont d'ailleurs le plus souvent tous les textes de renvoi. En effet, l'imprécision ou l'ambiguïté quasi inévitable de leurs termes paraissent autoriser l'extension en dehors de leur cadre normal de dispositions qui ne devraient cependant comporter qu'une interprétation stricte, parce qu'elles dérogent au droit commun (71).

(71) C'est ainsi que dans une espèce déjà citée (Ch. civ. cass., 17 no-

Personnes physiques et personnes civiles

Et voici un second point, — celui-là présente, à notre avis, une importance beaucoup plus considérable. En raisonnant comme nous avons cru devoir le faire et en suivant d'ailleurs en cela la majorité des auteurs et de la jurisprudence, nous avons repoussé de la façon la plus catégorique et la plus formelle la doctrine qui, sous le point de vue de la transmission et de la liquidation du patrimoine, tend à assimiler les personnes civiles aux personnes physiques. Il est faux d'affirmer que certaines règles de la liquidation et du partage des successions sont applicables à la liquidation et au partage des sociétés par la seule raison qu'il n'y a pas de différence à faire à cet égard entre les personnes fictives et les personnes réelles (72). Il est non moins inexact de parler de succession quand il s'agit de liquider et de partager un actif social. C'est détourner les mots de leur sens véritable. C'est commettre un abus de langage. On s'étonne à bon droit qu'une telle théorie ait été adoptée par certains auteurs (73) ou ait pu occasionnellement trouver crédit auprès des magistrats de la Cour suprême (74). Théorie

vembre 1890) on a pu exciper — à tort, bien entendu, — de l'article 1872 C. civ. pour soutenir que l'article 882 C. civ. devait être appliqué aux rapports entre les coassociés qui procèdent au partage des biens sociaux et leurs créanciers personnels.

(72) En ce sens, sur les articles 829 et 830 C. civ., v. Req. rej., 25 mars 1890, précité, et sur l'article 883 C. civ., Req. rej., 23 mars 1825, D. 1825, 1, 253, mais ces deux arrêts n'ont pas fait jurisprudence.

(73) *Supra*, note 35.

(74) L'exemple le plus saillant à cet égard est bien l'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 février 1896 (D. 1896, 1, 145 et S. 1896, 1, 305, note critique LYON-CAEN, rej. pourvoi contre Paris, 2 juin 1893, 2, 513, note

vaine dans son principe et dans ses conséquences. Vaine dans son principe puisqu'elle conduit à assimiler aux personnes physiques des entités qui sont de pures créations de l'esprit (75). Vaine dans ses conséquences puisque, d'une part, elle tend à introduire dans notre matière, à côté des règles du droit de la propriété, des institutions du droit de la famille qui n'ont rien de commun avec elle, et puisque, d'autre part, dans le domaine proprement dit du droit de la propriété elle commande la conciliation toute hypothétique de deux systèmes diamétralement opposés, à savoir : celui de la jurisprudence avec la fiction de survie de la personnalité pendant la liquidation, et celui, tout différent, du Code de 1804, basé au contraire sur l'absence de tout procédé de liquidation collective analogue à ce qu'avait pu être autrefois la *separatio bonorum* du droit romain. En résumé, parler de la succession aux biens d'une personne fictive, c'est annoncer la cacophonie.

Conflit des lois

Il ne nous paraît pas sans intérêt de vérifier la valeur des observations qui précèdent, sur le terrain du conflit des lois. Existe-t-il une succession des personnes fictives en droit international privé ?

critique PLANIOL) qui, en admettant que la dévolution des biens d'une société au profit d'une autre personne civile constituait une substitution prohibée (*sic*) — au sens de l'article 896 C. civ. — a reconnu par là même la possibilité d'un ordre successif entre deux personnes fictives. V. AUBRY et RAU, § 694, note 24 *bis*.

(75) Cf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, p. 122 et suiv.

Un exemple fera entrevoir le monde de difficultés auquel touche la question ainsi posée (76). Voici une société anonyme qui, en 1914, avait son siège social en Russie. Elle comprenait des actionnaires russes et des actionnaires français. Elle possédait des immeubles en France et en Russie. A la suite des circonstances que l'on sait, les actionnaires russes se réfugient en France, puis demandent au juge français de prononcer la dissolution de la société. Nous supposons que ces événements se passent avant les décrets russes de nationalisation des biens des émigrés. Nous faisons abstraction de toute difficulté relative au point de savoir s'il est opportun de reconnaître une nationalité à une société (77), si, dans l'affirmative, la société dont s'agit est une société russe, et si, en l'espèce, le juge saisi a qualité pour prononcer la dissolution. Nous supposons qu'il s'agit bien d'une société russe et que les magistrats français se reconnaissent compétents (77 *bis*). Le problème qui se pose et que nous avons à résoudre est alors le suivant : quelle est, dans le système français de conflit de lois, la législation applicable à la liquidation et au partage des biens de cette société ?

Admettons provisoirement la théorie de l'assimila-

(76) Nous empruntons cet exemple à une espèce soumise à la Cour de Paris, le 31 janvier 1928 et rapportée *infra* chap. V, note 56 *in fine*.

(77) V. *infra*, chap. V, texte et note 36 et suiv.

(77 *bis*) Au point de vue du fonctionnement des règles de compétence générale et de l'application des articles 14 C. civ. et 420 Pr. civ., il n'est pas impossible d'établir une analogie entre la situation de l'associé et celle de l'héritier français. Cf. AUBRY et RAU, § 748 *bis*, notes 8, 10 *bis*, 10 *ter*, 11, 12 et 12 *bis*.

tion (78). Le raisonnement est très simple. Nous dirons : c'est exactement comme si nous étions en présence d'un individu de nationalité russe, domicilié en Russie, décédé en France et possédant des biens en France et en Russie. Il s'agit de déterminer la législation applicable, devant le juge français, à la liquidation et au partage de cette succession ouverte en France. Si nous suivons à cet égard le système admis par la majorité des auteurs et par la jurisprudence actuelle en matière successorale (79), nous devons décider que la loi compétente est la *lex rei sitæ*. Ce qui signifie qu'en ce qui concerne les meubles nous appliquerons la loi du dernier domicile de droit du défunt (de la société) considérée comme loi de la situation fictive de ces meubles, et qu'en ce qui concerne les immeubles, nous appliquerons la loi de leur situation réelle, c'est-à-dire, en l'espèce, la loi française pour les immeubles situés en France et la loi russe pour les immeubles situés en Russie.

En prenant pour point de départ l'assimilation des personnes civiles aux personnes physiques sous le point de vue de la transmission et de la liquidation du patrimoine en droit international privé, nous sommes amenés à conclure à la multiplicité des systèmes de liquidation des biens sociaux. Or, c'est bien plutôt en faveur du principe

(78) Cette théorie se rattache à la théorie allemande de la réalité de la personnalité morale, formulée par Otto GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1897.

(79) Réserve faite, bien entendu, des difficultés ou des critiques que soulève ce système, dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer ici. Cf. Et. BARTIN, *op. cit.*, p. 359 et suiv. Dans le sens de la solution indiquée au texte, v. not. Ch. civ. cass., 2 avril 1884, Cl., 1885, p. 77.

de l'unité de législation applicable que paraît se prononcer la jurisprudence (80).

Allons plus loin. En vertu des décrets russes de nationalisation les immeubles possédés par la société dissoute en Russie sont acquis à l'Etat soviétique. Il est hors de doute que ces dispositions de la loi étrangère ont lésé les intérêts des actionnaires français. Disons-nous que tels les cohéritiers français exclus par la loi étrangère du bénéfice de la dévolution héréditaire des biens situés à l'étranger, les actionnaires français de notre société russe peuvent invoquer à leur profit le droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819 ? Bien que la jurisprudence ait souvent donné de la loi du 14 juillet 1819 une interprétation large et même extensive (81), on peut affirmer, à peu près à coup sûr, qu'elle répondrait ici par la négative et qu'elle n'hésiterait pas à refuser aux coassociés liquidant et partageant l'actif social, un droit que le législateur de 1819 a entendu réserver aux cohéritiers en matière de liquidation successorale.

Ihering avait raison quand il dénonçait les personnes juridiques comme incapables de constituer des sujets de

(80) En ce sens : Paris, 23 janvier 1889, D. 1890, 2, 1, note COHENDY. V. toutefois pour les difficultés postérieures à la liquidation, Trib. civ. Digne, 31 mars 1922, Cl., 1922, p. 664. PILLET, *Les personnes morales en droit international privé*, n° 188 ; SURVILLE et ARTHUYS, p. 750 et suiv. — Comp. dans le système américain de droit international privé, Cour suprême des Etats-Unis, 23 décembre 1912, Cl., 1913, p. 1343. En matière de faillite, l'opinion des auteurs est très divisée. En faveur de la pluralité de faillites, v. THALLER, *La faillite en droit comparé*, II, p. 343 et suiv. — Comp. Cass., 29 avril 1885, Cl., 1885, p. 202. V. LEVEN, *De la nationalité des sociétés*, texte et références, p. 297, note 3.

(81) PILLET, *Traité*, n° 564 ; Et. BARTIN, *op. cit.*, p. 361 et suiv.

droit véritables et quand il représentait ce concept de la personnalité abstraite comme susceptible d'engendrer dans son développement des conséquences pernicieuses et inadmissibles (82). C'est une idée sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir encore.

(82) IHERING, *Esprit du droit romain*, II, 2, I, § 71, t. IV, p. 342 et suiv., et note LABBÉ sous Ch. civ., 20 février 1882, S. 1882, 1, 145.

CHAPITRE IV

Point de vue commercial

Effets de la société commerciale à l'égard des associés

Point de vue civil

Difficultés relatives aux sociétés entre époux

Deux époux peuvent-ils contracter entre eux une société commerciale (1) ? C'est le plus souvent à propos de la capacité que les auteurs étudient ce problème (2). On représente la qualité d'époux comme incompatible — dans une mesure et dans des conditions variables selon les doctrines — avec la qualité d'associé. On dit que, dans telles circonstances déterminées, deux époux sont capables ou incapables de contracter entre eux ou même avec un tiers tel ou tel genre de société.

(1) Il n'entre naturellement pas dans notre intention de faire ici une théorie générale de la nullité des sociétés entre époux. Conformément au but que nous nous sommes proposé (V. *supra*, Introduction et chap. prélim.), nous avons seulement à déterminer la part de la loi civile dans cette théorie. Notre étude doit donc porter notamment sur certains textes des régimes matrimoniaux qui jouent, comme on sait, un rôle important en ces matières. V. AUBRY et RAU, § 377, note 1 *ter*, texte, jurisprudence et références ; HÉMARD, *op. cit.*, n^{os} 80 et suiv.

(2) PONT, *Sociétés civiles*, n^{os} 36 et suiv. ; ALAUZET, II, n^o 387 ; MASSÉ, II, n^o 1267 ; ARTHUYS, n^o 17 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n^{os} 78 et 326 ; THALLER et PERCEROU, n^{os} 346 et suiv. ; PLANIOL, n^{os} 1937 et 1986 *bis*.

Position du problème

Il serait préférable, à notre avis, de placer la question sous un jour un peu différent et de rechercher si les conséquences attachées par la loi ou par la convention des parties à la qualité d'époux peuvent s'accorder avec les conséquences qui dérivent nécessairement de la qualité d'associé. Préciser ainsi *in abstracto* les données du problème, c'est faire immédiatement appel aux principales règles qui entrent ici en jeu, savoir, d'une part, et du côté civil, le principe de l'autorité maritale et les règles relatives aux régimes matrimoniaux, y compris notamment le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.), et d'autre part, du côté commercial, l'ensemble des textes qui déterminent les effets du contrat de société à l'égard des associés : pouvoirs d'administration et de contrôle, responsabilité, etc...

Doctrines et jurisprudence

Nulle part la loi n'a prévu la question. Force a donc été à la jurisprudence de dire, dans chaque espèce qui lui était soumise, si la conciliation était possible entre nos deux catégories de règles. Beaucoup de points sont aujourd'hui définitivement établis, mais certains restent encore à éclaircir. Quant à la doctrine, elle est divisée : nombreux sont les auteurs qui critiquent le principe de la nullité radicale et absolue admis sinon appliqué dans toutes ses conséquences par les tribunaux.

Distinctions à établir entre les hypothèses de sociétés entre époux

Quelle est au juste la part du droit civil en cette matière ? En quoi et comment certaines règles de la loi civile s'opposent-elles à l'établissement ou à la continuation d'un contrat de société déterminé entre deux époux mariés sous tel régime ? Tel doit être ici le but de nos recherches. Il ne nous paraît possible de l'approcher, sinon de l'atteindre, qu'à la condition de tracer au préalable le tableau des principales circonstances dans lesquelles deux personnes qui ont ou auront la qualité d'époux, peuvent songer à y joindre ou y ont joint effectivement celle d'associé.

Distinction quant à l'époque à laquelle la qualité d'époux se rencontre avec celle d'associé sur la tête de la même personne

Une première distinction s'impose concernant l'époque à laquelle le contrat de société est conclu, ou, plus exactement, l'époque à laquelle la personne dont il s'agit a pris la qualité d'associé. C'est ainsi qu'on distinguera : a) la société conclue entre deux personnes avant leur mariage ; le mariage des associés entraîne-t-il la nullité de cette société ? b) la société établie par les futurs conjoints dans leur contrat de mariage ou par acte passé au moment du mariage, c'est-à-dire entre la date du contrat de mariage et celle de la célébration du mariage ; quels sont les effets du mariage sur cette société ? c) la société postérieure au mariage, en ce sens que les deux époux se trouvent réunir la qualité d'époux et la qualité d'associés soit par l'effet direct de leur volonté propre (société con-

clue par les époux eux-mêmes postérieurement au mariage), soit par l'intermédiaire d'une volonté étrangère (succession d'un époux aux droits d'un tiers déjà engagé dans les liens d'une société avec l'autre conjoint) ; en pareil cas, la qualité d'époux est-elle compatible avec celle d'associé (3) ?

Distinction quant au régime matrimonial adopté par les époux

Voici maintenant un second point. Dans toutes les hypothèses précédentes, quelle que soit, par conséquent, l'époque à laquelle la qualité d'époux se rencontre avec celle d'associé sur la tête de la même personne, les conséquences attachées à la qualité d'époux varient selon le régime matrimonial adopté par les intéressés : les droits du mari ou les garanties de la femme diffèrent en effet suivant que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, sous un régime quelconque de communauté conventionnelle, sous le régime de la séparation de biens — conventionnelle ou judiciaire, — ou enfin sous le régime dotal.

Distinction quant au type de société commerciale envisagé

Pareillement, — et c'est une troisième distinction, — les conséquences attachées à la qualité d'associé varient avec telle ou telle catégorie de société commerciale : les droits et les obligations de l'associé dans la société en commandite simple, par exemple, ne sont pas les mêmes que dans la société anonyme ; plus généralement, les

(3) HÉMARD, *op. cit.*, n° 83.

droits et les obligations de l'associé diffèrent selon qu'on est en présence de sociétés constituées *intuitu personæ* comme les sociétés par intérêt, ou de sociétés d'où cet élément a disparu, comme les sociétés par actions, ou encore selon qu'il s'agit de sociétés revêtues de la personnalité civile ou de sociétés dépourvues de ce caractère, comme l'association en participation. Bien plus, dans chaque catégorie de société commerciale, la situation de l'associé varie nécessairement selon la place qu'il occupe, selon le rôle qu'il joue dans la société : il existe, sous toutes sortes de points de vue, des différences radicales et profondes entre le commanditaire et le commandité, entre l'administrateur de la société anonyme et le simple actionnaire, etc...

Sociétés limitées aux époux et sociétés entre époux comprenant des tiers

Enfin, à côté de ces multiples distinctions et sous-distinctions, il conviendrait encore de séparer, d'une part, les hypothèses où, quel que soit le régime adopté et quelle que soit la catégorie de société commerciale envisagée, les époux sont les seuls membres de la société, et d'autre part les hypothèses où, au contraire, les époux se rencontrent avec des tiers au sein de la même société.

Observation

Pour simplifier le problème dans toute la mesure du possible, nous laisserons provisoirement de côté ce second groupe d'hypothèses, pour ne nous attacher, en principe, qu'au premier.

Principe de la validité des contrats entre époux

La nullité de la société entre époux ne peut être tirée *directement*, avons-nous dit, d'aucun texte. On ne peut pas davantage la déduire d'un prétendu principe d'interdiction des contrats entre conjoints. On peut affirmer en effet que ce principe qui était admis dans notre ancien droit (4), a aujourd'hui disparu de notre législation. On doit reconnaître seulement que le Code civil, le Code de commerce et certaines lois postérieures ont traduit, par un ensemble de dispositions d'inspirations diverses, la volonté du législateur d'assujettir les contrats entre époux à des règles particulières (5). C'est ainsi que, aux termes des articles 1096 et 1097 C. civ. les donations entre vifs sont, en général, permises entre époux pendant le mariage, mais elles sont essentiellement révocables (6). Le mandat est également autorisé entre époux; on sait qu'il est même de pratique courante et que la notion de mandat entre époux a donné naissance à une théorie toute spéciale (7).

(4) *Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possunt*. DUMOULIN, sur l'article 156 de l'ancienne coutume de Paris, n° 5.

(5) THALLER et PIC, p. 549; HÉMARD, n° 89; PLANIOL, n°s 1099 et suiv.; DE CHAZETTES DE BARGUES, *Des contrats permis entre époux*, thèse Paris, 1900, et note BOUVIER-BANGILLON, sous Ch. civ., 23 janvier 1912, D. 1912, 1, 481.

(6) V. BONNET, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, Paris, 1860, 3 vol. in-8°. Seules les donations faites entre époux par contrat de mariage sont irrévocables. AUBRY et RAU, §§ 743 et 744.

(7) La théorie du mandat tacite. AUBRY et RAU, § 411, note 1 *in medio* et § 509, texte et notes 48 bis à 58 *decies*. De nombreux textes prévoient également la possibilité d'un mandat *exprès* entre époux. Article 1420 C. civ.; article 1577, et comp. article 1539 C. civ. Sur ces deux derniers textes, v. AUBRY et RAU, § 516, texte et notes 68 et 69.

Enfin, en faveur du principe de la liberté des contrats entre époux on peut encore tirer argument de certaines dispositions légales, telles que celles des articles 1434 et 1435 C. civ. sur le remploi des propres aliénés (8), ou des articles 1449 et 1451 C. civ. sur le rétablissement des conventions matrimoniales après disparition de la séparation de biens consécutive à la séparation de corps (9). Seul, l'article 1595 C. civ. paraît faire exception, au moins par sa forme, puisqu'il prohibe expressément la vente entre époux et ne l'autorise que dans trois hypothèses limitativement déterminées (10). Mais ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont pu en faire la base d'un principe général d'interdiction des contrats entre époux. Si l'article 1595 C. civ. a maintenu la solution traditionnelle (11), c'est que la solution contraire aurait permis d'écarter indirectement la révocabilité *ad nutum* des donations (art. 1096 et 1097 C. civ.) (12).

Ces dispositions relatives à la donation, au mandat, à la vente, touchent-elles le contrat de société ? Non, si nous sommes en présence d'une société proprement dite. Mais nous avons vu (13) combien était difficile de séparer, dans les faits, le contrat de société d'autres contrats

Addé : lois du 9 avril 1881, article 6, et du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne ; loi du 20 juillet 1886 sur la caisse nationale des retraites ; loi du 1^{er} avril 1898, article 3, sur les sociétés de secours mutuels ; loi du 13 juillet 1907, articles 1 et 6 ; loi du 12 juillet 1909, articles 3 et 16, sur le bien de famille. AUBRY et RAU, § 472, 2^o *in fine*.

(8) AUBRY et RAU, § 575, texte et note 11.

(9) AUBRY et RAU, § 487, note 6 *ter*.

(10) AUBRY et RAU, § 351, notes 19 et 20.

(11) POTHIER, *Donations entre mari et femme*, n^o 78.

(12) THALLER et PIC, *loc. cit.* — Comp. PLANIOL, n^o 1437.

(13) *Supra*, chap. prélim. et chap. I.

extrêmement voisins comme le mandat ou la vente, par exemple. Nous avons vu aussi (14) que tel contrat qui se présentait sous les apparences d'un contrat de société pouvait néanmoins recevoir du juge une qualification différente de celle que les parties lui avaient appliquée, — et ce, pour des motifs divers sur lesquels nous n'avons pas à revenir ici. Il n'est donc pas étonnant que nous rencontrions dans la jurisprudence un ensemble de décisions qui s'appuient sur les textes dont nous venons de parler, pour prononcer la nullité des sociétés entre époux. En réalité, il ne s'agit pas de sociétés véritables. Dans toutes ces hypothèses, on ne discute pas, au fond, sur des rapports de coassocié à coassocié : on discute sur des rapports de donateur à donataire, de mandant à mandataire, de vendeur à acheteur. Nous sommes dans le domaine de l'application normale des textes précités.

Req., 7 février 1860. Art. 1096 et suiv. C. civ.

Voici, d'ailleurs, un exemple assez intéressant (Req. rej., 7 février 1860, D. 1860, 1, 116). Primus a contracté mariage avec Prima. Des enfants naissent de cette union. Puis Primus décède. Prima conclut alors avec Secundus une société en nom collectif, — société passée *intuitu personæ*, oh combien ! Il n'y a pas seulement qu'une confiance réciproque entre nos deux associés... Ils convolent. Les enfants nés du premier mariage attaquent cette prétendue société constituée, disent-ils, dans le but d'assurer

(14) V. not. Rennes, 17 juin 1870, rapporté *supra*, chap. prélim., texte et notes 43 et 44.

à Secundus des avantages excédant la portion dont Prima pouvait disposer en sa faveur. Le juge admet le raisonnement et prononce la dissolution de la société sur le fondement des articles 1098 et 1099 C. civ. (15). Il reconnaît que, sous le voile d'un acte à titre onéreux qualifié de société en nom collectif, les intéressés ont dissimulé une donation, justiciable comme telle des articles 1096 et suivants C. civ.

Art. 1595 C. civ.

Pareillement, on conçoit qu'une société pourrait, le cas échéant, être interprétée comme une vente et relever comme telle des dispositions de l'article 1595 C. civ. (16).

Par conséquent, si nous raisonnons sur une société véritable, proprement dite, sincère, si nous raisonnons sur des rapports de coassocié, tous les textes que nous avons successivement envisagés jusqu'ici ne nous servent à rien quant au point qui nous occupe. Tout au plus pouvons-

(15) La donation est en effet nulle pour le tout. AUBRY et RAU, § 744, note 1.

(16) V. not. Paris, 9 mars 1859, S. 1859, 2, 502, D. 1860, 2, 12. Il s'agissait bien, dans l'espèce, d'un contrat de société véritable (société en nom collectif contractée entre époux séparés de biens dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage). La Cour de Paris a invoqué, entre autres arguments à l'appui de la nullité, l'idée que « la société suppose, de la part de chacun des associés, la faculté d'aliéner l'un au profit de l'autre les choses mises en commun » et que cette aliénation, lorsqu'elle a lieu en dehors des trois cas prévus par l'article 1595 C. civ., est nulle. La formule de la Cour de Paris paraît excessive ; poussée dans ses conséquences extrêmes, elle conduirait à déduire de l'article 1595 C. civ. un principe général de nullité frappant toutes sociétés généralement quelconques entre époux, et à appliquer à de simples avantages à titre onéreux un texte qui ne concerne que la vente, c'est-à-dire un contrat nommé, défini, qui suppose un prix en argent. — Comp. Paris, 14 avril 1856, D. 1856, 2, 231.

nous en tirer un principe général de validité des contrats entre époux supposant un certain nombre de dispositions légales contraires. L'exception confirme la règle (17).

Art. 1840 C. civ.

Mais voici qui devient plus embarrassant. Il s'agit d'un texte assez obscur, celui-là, du Titre des sociétés. Aux termes de l'article 1840 C. civ. « nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ». On a beaucoup discuté sur la portée de l'article 1840 C. civ. (18). Les époux ne sont en effet capables de se donner ou de recevoir l'un de l'autre que sous certaines conditions ; dans certaines circonstances, il leur est en effet défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes (19). Doit-on conclure de là à une impossibilité générale et complète de contracter une

(17) En faveur de l'impossibilité légale des sociétés de commerce entre époux, on a parfois tiré un argument *a contrario* de l'article 5 C. com. aux termes duquel la femme mariée n'est réputée commerçante que si elle fait un commerce distinct et séparé de celui de son mari. La femme associée avec son mari ne fait pas, dit-on, un commerce séparé ; elle ne peut donc pas être commerçante et, par conséquent, elle ne peut pas entrer dans une société commerciale où figure déjà son mari. Cf. Montpellier, 24 juin 1882 sous Ch. civ., 11 août 1884, S. 1884, 1, 416 ; Req., 21 octobre 1901, S. 1901, 1, 520. On a invoqué dans le même sens l'article 220, alinéa 2 C. civ. Il semble qu'on attribue à ces textes une portée qu'ils n'ont pas, en transformant en une présomption absolue une simple présomption *juris tantum*. HÉMARD, n° 89 ; THALLER et PERCEROU, p. 247, note 1. Quelquef. AUBRY et RAU, § 472, note 73.

(18) AUBRY et RAU, § 379, notes 6 et 7. — Comp. Agen, 25 janvier 1832, D. 1832, 2, 149.

(19) On sait que la quotité disponible entre époux varie suivant qu'il existe ou non des enfants d'un précédent mariage. V. AUBRY et RAU, §§ 689 et 690.

société universelle ? Il faut reconnaître que l'article 1840 C. civ. a perdu une grande partie de son intérêt car les sociétés universelles, — au sens où les prenait le législateur de 1804, — ont à peu près complètement disparu aujourd'hui (20). Nous n'avons relevé qu'un arrêt de la Cour de Paris (21) et un arrêt de la Cour de Nîmes (21 *bis*) qui déclarent nulle par application de l'article 1840 C. civ., la société universelle de gains lorsqu'elle est formée entre des époux qui ont ou dont l'un au moins a des héritiers réservataires (22).

Nous arrivons ainsi, après ces éliminations successives, aux deux arguments fondamentaux sur lesquels la jurisprudence a construit son système, à savoir, le principe de l'autorité maritale, d'une part (arg. art. 1388 C. civ.), et d'autre part, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.).

Art. 1388 C. civ. et principe de l'égalité entre les associés

Aux termes de l'article 1388 C. civ. il est interdit aux époux de déroger aux droits du mari comme chef de l'as-

(20) PLANIOL, n° 1945 et suiv.

(21) Paris, 9 mars 1859, rapporté *supra*, note 16.

(21 *bis*) Nîmes, 18 décembre 1886, sous Req. rej., 12 juillet 1887, S. 1887, 1, 384.

(22) S'agissant des époux, il faudrait donc interpréter l'article 1840 C. civ. par référence aux dispositions des articles 1096 et suiv. C. civ. La solution donnée par la Cour de Paris dépasse même les termes de cette interprétation puisque les avantages généralement quelconques, directs ou indirects (AUBRY et RAU, § 690, notes 12 et 13), visés par les articles 1096 et suiv. sont seulement réductibles à la quotité disponible (*supra*, note 19), à moins qu'ils ne constituent une donation déguisée, auquel cas ils sont nuls pour le tout (*supra*, note 15). Cf. AUBRY et RAU, § 379, note 7.

sociation conjugale (23). La loi prend soin de déclarer elle-même que ces droits dérivent de dispositions de caractère essentiellement impératif ; il n'est point permis de les écarter parce qu'elles sont inhérentes aux rapports personnels que le mariage établit entre les époux. Or, nous avons vu, dans un chapitre précédent, qu'il y avait un principe capital, inhérent aux rapports personnels que toute société généralement quelconque établit ordinairement entre les coassociés, en l'absence duquel la formation d'une société proprement dite paraît bien impossible : nous avons nommé le principe de l'*égalité* entre les associés (24). Comment concilier cette règle générale qui domine incontestablement toute la matière des sociétés, avec les droits du mari tels qu'ils apparaissent dans notre législation actuelle ?

. Sociétés de personnes

Nous ne raisonnerons tout d'abord que sur les sociétés de personnes, c'est-à-dire sur la société en nom collectif ou sur la société en commandite simple.

Ch. crim., 9 août 1851

Voici, par exemple, une femme mariée sous le régime de la communauté légale (Comp. Ch. crim., 9 août 1851, S. 1852, 1, 281, D. 1852, 1, 160). En fait, elle exerce

(23) Et plus spécialement comme chef de la communauté. AUBRY et RAU, § 504, note 3. Il est bien évident qu'il ne peut être question ici que des droits du mari *sur les biens*. A moins d'imaginer des hypothèses invraisemblables, l'établissement d'une société entre époux ne touche en quoi que ce soit aux droits du mari sur la personne de la femme tels qu'ils résultent des articles 212 et suiv. C. civ. — Comp. HÉMARD, n° 89.

(24) *Supra*, chap. prélim. Not. Rennes, 17 juin 1870, préc.

un commerce distinct de celui de son mari (art. 5. C. com.) (25). Au cours du mariage, elle contracte avec son mari une société en nom collectif. Les affaires périclitent. Les faits constitutifs de la banqueroute simple sont réunis. Les tiers qui ont traité avec elle en sa qualité d'associée peuvent-ils la poursuivre de ce chef ? La société est-elle valable ? La chambre criminelle a cassé l'arrêt de la Cour d'Amiens qui avait admis la validité, avec toutes ses conséquences (Amiens, 3 avril 1851, S. 1851, 2, 312, D. 1851, 2, 220). La chambre criminelle invoque notamment à l'appui de sa décision l'article 1388 C. civ. et déclare que la société en nom collectif conclue entre époux mariés sous le régime de la communauté est impossible, car elle conférerait nécessairement à chacun de ses membres « une égalité de droits incompatible avec les droits conférés au mari soit comme chef de l'association conjugale, soit comme maître des biens de la communauté ». Admettons, en effet, que les biens sociaux sont et restent des biens communs (26). On sait que le mari est seigneur et maître de la communauté (art. 1421 C. civ.), qu'il a, sur les biens communs, les pouvoirs les plus larges,

(25) M. HÉMARDE écrit (*op. cit.*, n° 89 *in fine*) que « la puissance maritale (les droits du mari) est sauvegardée dès lors que la femme a obtenu l'autorisation du mari d'entrer en société... ». Nous ne pouvons pas partager cette opinion, car il ne dépend tout de même pas du mari d'abandonner par le moyen d'une simple autorisation conférée à la femme à l'effet d'exercer un commerce séparé ou même d'entrer dans une société, les droits ou les prérogatives que la loi lui a confiés comme chef de la communauté ; l'autorisation ne saurait être donnée, dans tous les cas, que sous réserve des dispositions prohibitives de la loi ; elle ne dispenserait pas le mari qui y contreviendrait, de tomber sous le coup de l'article 1388 C. civ.

(26) V. les réserves apportées à cet égard par l'interprétation de certains auteurs. *Infra*, texte et note 43.

qu'il peut même disposer à titre gratuit des meubles de la communauté (art. 1422 C. civ.). Encore n'est-il pas tenu, à tous égards, d'une véritable obligation de bonne administration vis-à-vis de sa femme (27). Comment concilier tout cela avec les droits attachés à la qualité d'associé en nom, à celle de commanditaire ou de commandité ?

Nous avons vu que le gérant n'a, en principe, que des pouvoirs limités (28). Par conséquent, on peut affirmer que si le mari accepte les fonctions de gérant, il doit abandonner comme tel sur les biens sociaux les droits qu'il avait comme mari sur les biens communs. C'est contraire à l'article 1388 C. civ. Bien plus, il s'engage par là même à subir, de la part de sa femme, pendant la durée de la société et jusqu'à la fin de la liquidation, c'est-à-dire à une époque où la communauté, par hypothèse, dure toujours et n'est pas encore dissoute, un droit de surveillance et de contrôle sur tous ses actes relatifs aux biens sociaux, c'est-à-dire sur tous ses actes relatifs aux biens communs. C'est inadmissible. Le cas inverse où ce serait la femme qui assumerait les fonctions de gérant, paraît encore plus invraisemblable (29).

(27) Sur la possibilité d'exercer l'action Paulienne à l'occasion des actes dirigés volontairement par le mari contre les intérêts de sa femme, v. les réserves faites par la Cour de Colmar, 25 février 1857, S. 1857, 2, 321. *Adde* : Orléans, 14 mai 1864, S. 1865, 2, 71.

(28) *Supra*, chap. I. Si ce principe comporte de larges exceptions, on ne peut tout de même pas aller jusqu'à dire que le gérant est « seigneur et maître » des biens sociaux, — ce qui n'aurait aucun sens.

(29) On sait que les engagements contractés par la femme commune en biens avec l'autorisation du mari obligent celui-ci comme chef de la communauté (article 1419 C. civ.). AUBRY et RAU, § 509, texte et note 40. Le seul énoncé de cette règle suffit à démontrer l'impossibilité radicale et complète dans laquelle se trouvent les époux de contracter une société

Le conflit entre nos deux catégories de règles soulève d'ailleurs bien d'autres difficultés. On n'ignore pas qu'aux termes de l'article 1431 C. civ. lorsque la femme s'est engagée conjointement ou solidairement avec le mari, elle est réputée vis-à-vis de celui-ci ne s'être obligée que comme caution (30). En matière commerciale, c'est au contraire la présomption de solidarité qui l'emporte (31). Enfin, si la femme a introduit dans son contrat de mariage la clause de reprise d'apport franc et quitte de l'article 1514 C. civ., elle peut partager les gains de la communauté sans être obligée aux pertes. Dans la société, au contraire, elle reste solidairement responsable envers les tiers de toutes les obligations sociales. En aucun cas, elle ne peut s'affranchir des pertes (32). Nous avons vu en effet que la contribution aux pertes communes est l'un des éléments essentiels de la société (33). Ainsi, la société impliquerait non seulement que, en cas de communauté conventionnelle, le fonctionnement de la clause de l'article 1514 C. civ. est paralysé, mais encore que, dans

en commandite simple dont l'actif serait composé de biens communs. Le mari commanditaire ne pourrait en aucune façon limiter sa responsabilité au montant de son apport, conformément à l'article 26 C. com. Quant à la femme commanditaire, elle serait tenue par la loi commerciale de n'accepter du mari aucun mandat exprès ou même tacite, sous peine de perdre sa qualité de commanditaire avec tous les avantages qui y sont attachés (articles 27 et 28 C. com., loi du 6 mai 1863). Cf. Paris, 23 mai 1919, S. 1918-1919, 2, 104.

(30) Sur l'article 1431 C. civ., v. AUBRY et RAU, § 510, texte et notes 30 et suiv.

(31) V. not. Req. rej., 1^{er} février 1926 (association commerciale en participation), S. 1926, 1, 134, *D. hebdomadaire*, 1926, p. 114. Cf. *supra*, Introduction, texte et notes 19 et suiv.

(32) V. not. Trib. corr. d'Abbeville, sous Amiens, 3 avril 1851, précité.

(33) *Supra*, chap. prélim., texte et notes 34 et suiv.

toute communauté quelle qu'elle soit, la femme abandonne la faculté à elle reconnue par la loi de renoncer à la communauté, ce qui serait en désaccord avec l'article 1453 C. civ. (34). Il paraît donc bien impossible, en définitive, de concilier les règles de la communauté légale — ou conventionnelle, — avec les règles relatives aux sociétés par intérêts, les seules sur lesquelles nous ayons raisonné jusqu'à présent.

Art. 1395 C. civ. Principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales

Il y a maintenant autre chose. A la limitation des droits des époux dans l'espace (art. 1388 C. civ.) s'ajoute une limitation dans le temps : c'est celle qui résulte de l'article 1395 C. civ. L'établissement d'un contrat de société entre les époux pendant le mariage aurait pour effet de modifier au cours du mariage les rapports d'intérêts tels que les époux les ont réglés par leur contrat de mariage ou tels que la loi les a réglés pour eux dans l'hypothèse de la communauté légale (35). C'est pourquoi une jurisprudence abondante et constante prononce la nullité des sociétés entre époux par application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. civ.) (36).

(34) AUBRY et RAU, § 517, 1^o.

(35) AUBRY et RAU, § 377, note 1 *ter* et § 505, note 2. V. not. Req. rej., 30 octobre 1886, S. 1887, 1, 401.

(36) Sur l'article 1395 C. civ., v. AUBRY et RAU, § 503 *bis*, 3^o. V. not. Req. rej., 11 avril 1906, *Rec. Soc.*, 1906, p. 285, D. 1908, 1, 224 ; Req. rej., 19 mai 1908, D. 1908, 1, 359, S. 1911, 1, 508 ; Ch. civ., 23 janvier 1912, *préc.* ; Ch. civ. rej., 3 juillet 1917, *Gaz. Soc.*, 1918, p. 73, S. 1921, 1, 201, note NAQUET. En sens contraire : Trib. com. Bruxelles, 14 mars 1853, D. 1854, 3, 8.

Séparation de biens conventionnelle

Supposons, par exemple, qu'il s'agit d'une femme mariée sous le régime de la séparation de biens (Comp. Paris, 9 mars 1859, préc. et Ch. civ. rej., 7 mars 1888, S. 1888, 1, 305). Au cours du mariage, elle contracte une société en nom collectif avec son mari. Cette société établit entre les époux une communauté d'intérêts incompatible avec leur régime matrimonial. Elle a fatalement pour conséquence d'exposer les propres de la femme, en tant que biens sociaux, à des poursuites en raison des dettes contractées par le mari. Elle est nulle comme contraire aux dispositions du contrat de mariage.

Séparation de biens judiciaire. Art. 1451 C. civ.

La solution serait la même s'il s'agissait d'une séparation de biens judiciaire (Civ. rej., 7 mars 1888, préc.). En pareil cas, la société permettrait en effet de rétablir la communauté préexistante, nonobstant la séparation de biens prononcée judiciairement entre les époux. Elle serait nulle par application de l'article 1451 C. civ.

Régime dotal

En ce qui concerne le régime dotal, la question apparaît avec plus de netteté encore. La société commerciale, quelle qu'elle soit, implique nécessairement l'existence de certains pouvoirs d'aliénation à l'égard des biens sociaux. Or, on sait que les biens dotaux sont inaliénables. La

société entre époux, mariés sous le régime dotal, paraît donc bien impossible (37).

Sociétés établies par contrat de mariage

Et pourtant si, au lieu de constituer une société pendant le mariage, les époux prenaient la précaution d'insérer les statuts de cette société dans leurs conventions matrimoniales, c'est-à-dire dans le contrat de mariage lui-même, il ne saurait plus être question de la prohibition de l'article 1395 C. civ. Cela est évident. Néanmoins, aux termes d'une jurisprudence qui paraît certaine, la société même établie entre futurs époux par contrat de mariage, n'échappe pas à la nullité (38). Pourquoi ? Parce que, en pareille hypothèse, si la société ne constitue pas une infraction à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, elle n'en reste pas moins inconciliable, dans son fonctionnement et dans ses conséquences, avec les pouvoirs du mari. Ce qui revient à dire que, en matière de sociétés entre époux, les dispositions de l'article 1395 C. civ. doivent être combinées avec celles de l'article 1388 C. civ. dont nous parlions plus haut.

Sociétés antérieures au mariage

Ce système est, par conséquent, extrêmement rigoureux. Logique avec elle-même, la jurisprudence annule

(37) Sous réserve de ce qui sera dit plus loin. — Comp. BEAUNIER, *De la capacité de contracter entre époux*, thèse Paris, 1907.

(38) V. not. Req., 8 décembre 1891, S. 1892, 1, 293, et D. 1892, 1, 117. V. cependant Req., 30 octobre 1886, précité. AUBRY et RAU, § 504, note 7 *ter*.

toute société entre époux, même établie dans un acte antérieur à la célébration du mariage, quel que soit le régime matrimonial adopté (39).

Critiques formulées par la doctrine

Ces solutions ont fait l'objet des plus vives critiques de la part de certains auteurs. Elles sont en effet en contradiction formelle avec le principe de la validité des contrats entre époux dont nous avons fait notre point de départ. On a donc construit un certain nombre d'hypothèses qui échapperaient, dit-on, à la double argumentation de la jurisprudence.

On observe notamment que si la société est restreinte aux biens dont les époux ont la libre disposition (40), aux propres sous le régime de la communauté, aux parapher-naux sous le régime dotal, le problème change déjà d'aspect. Il suffit, ajoute-t-on, pour respecter l'article 1395 C. civ., que « la société ne contienne pas une partie *trop considérable* des biens qui, aux termes du régime adopté (séparations de biens ou régime dotal), doivent rester séparés, ou dont la jouissance était réservée à la communauté (communauté réduite aux acquêts) » (41).

Ce raisonnement ne nous paraît pas satisfaisant. Outre

(39) Ch. civ. rej., 24 février 1913, S. 1916, 1, 81. On a essayé d'expliquer la dissolution de ces sociétés antérieures au mariage par une sorte d'incapacité des parties apparaissant avec le mariage. Paris, 9 mars 1859, préc. ; Nîmes, 18 décembre 1886, rapporté *supra*, note 21 *bis*. On a parfois invoqué en sens contraire la disposition de l'article 1865 *in fine* C. civ. Cf. HÉMARD, n° 90, note 2 ; ARTHUYS, n° 17.

(40) TROPLONG, n° 209 ; MOLINIER, n° 277 ; ALAUZET, n° 152 ; HÉMARD, n° 91, note 1.

(41) PIC, I, 409 ; THALLER et PERCEROU, n°s 346 et suiv.

qu'il ne répond pas à l'objection de la puissance maritale et des droits du mari comme chef, il subordonne l'efficacité d'une disposition impérative comme celle de l'article 1395 C. civ. à une pure appréciation de fait. A notre avis, à partir du moment où des biens qui, aux termes du régime adopté, devaient demeurer séparés, sont constitués en un bloc social, commun aux deux époux, nous sommes en présence d'une modification du régime, et ce, si minimes que soient la quotité ou la valeur de ces biens. La sanction de l'article 1395 C. civ. est inévitable. Tout au plus peut-on reconnaître qu'en ce qui concerne les droits de jouissance et d'administration que, sous tel ou tel régime, la loi reconnaît au mari sur les *biens personnels* de la femme, ceux-ci sont, en règle générale, susceptibles d'être restreints ou modifiés au cours du mariage (42).

**La société est une personne civile.
Conséquences**

Une idée ingénieuse a été développée par M. Planiol (43) qui s'étonne qu'on puisse invoquer l'article 1395 C. civ. en présence des sociétés commerciales entre époux. Il n'y a pas, dit-il, dérogation au régime matrimonial, dès l'instant que les époux n'ont fait qu'apporter à la société les biens dont ils avaient la libre disposition. L'actif social n'est en effet ni commun, ni propre : il est la propriété de la société *personne civile*, et les époux ont disposé de leurs biens en faveur de la société comme ils en auraient disposé en faveur d'un tiers généralement quelconque. Ainsi

(42) PLANIOL, III, n° 800.

(43) *Revue critique*, 1888, p. 273.

entendue, la société commerciale entre époux serait possible sous tous les régimes ; elle pourrait comprendre la propriété des biens communs apportés par le mari, la nue propriété des biens propres apportés par la femme, à moins de clause conventionnelle réservant à la femme l'administration et la jouissance de certains biens, auquel cas elle pourrait même disposer de la pleine propriété de ses propres, etc...

La communauté n'est pas une personne civile

Jamais cette argumentation n'a été acceptée par la jurisprudence. Certes, elle ne laisse pas de paraître assez séduisante, mais si elle est fondée dans son principe, n'est-ce pas lui attribuer une portée exagérée que de vouloir construire sur elle un système général de validité des sociétés commerciales entre époux ? L'interposition d'une personne fictive entre les époux ne cache-t-elle pas, le plus souvent, une *fraude à la loi* (44) ? Les époux peuvent-ils raisonnablement et sans contrevenir à l'article 1395 C. civ. désaffecter les biens de leur patrimoine commun ou de leur patrimoine propre en les attribuant à une tierce personne, — personne purement artificielle dont la création n'a dépendu que d'eux-mêmes ? Au surplus, si l'on admet que le régime matrimonial survit à la création de la société, qu'il coexiste avec elle, comment, s'agissant d'une société commerciale revêtue de la

(44) A défaut de prohibition légale directe, il est bien évident que la société entre époux doit être annulée toutes les fois qu'elle a été constituée en fraude à la loi. V. not. note BOUVIER-BANGILLON, sous Ch. civ., 23 janvier 1912, *loc. cit.*, et Paris, 25 mai 1919, *Journ. Soc.*, 1920, p. 41.

personnalité, d'une part, et d'autre part, du régime de la communauté, conciliera-t-on la règle qui reconnaît la personnalité à ladite société avec celle qui refuse la même personnalité à la communauté (45) ? Le seul énoncé de ces quelques observations nous fait entrevoir tout un monde de difficultés. C'est justement parce que la société commerciale est une personne fictive qu'il paraît, à notre sens, plus difficile encore de l'accorder avec les règles de la loi civile.

Sociétés avec des tiers

Nous n'avons raisonné jusqu'ici que sur les sociétés constituées entre les époux seuls. Les mêmes arguments peuvent-ils être transportés automatiquement au cas où, dans la même société, des tiers figurent à côté des époux ? Ici, la jurisprudence semble plus incertaine (46). En principe, les arguments qui militent en faveur de la nullité des sociétés entre époux devraient s'appliquer avec la même force, qu'il s'agisse de sociétés constituées entre les époux seuls ou de sociétés constituées entre les époux et des tiers. Dans les deux catégories d'hypothèses, il y a violation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et atteinte à l'autorité maritale. Dans tous

(45) AUBRY et RAU, § 377, note 20 *bis in fine* et § 505, note 2. Quelques auteurs ont parfois reconnu la personnalité à la communauté (Cf. note BOUVIER-BANGILLON, préc.). Dans notre ancien droit, la confusion était courante entre la communauté et la société (POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 1). A notre avis, elle ne saurait plus être admise aujourd'hui (Cf. Req., 17 février 1829, D. 1829, 1, 150) et les auteurs qui la commettent, sont victimes d'un véritable abus de langage. Cf. *supra*, chap. III, note 39.

(46) AUBRY et RAU, § 377, note 1 *ter*. Req. rej., 23 avril 1902, S. 1904, 1, 506 ; Trib. civ. Seine, 19 décembre 1903, *Gaz. Pal.*, 26 février 1904.

les cas, par conséquent, il faudrait conclure à la nullité. La jurisprudence a néanmoins atténué la rigueur de ses formules : s'agissant d'une société contractée entre les époux et un ou plusieurs tiers, la société est viable si les époux n'y figurent pas chacun avec une individualité distincte, mais y ont au contraire des intérêts communs (47). Proposition assez vague, sans doute, et qui cache mal le secret désir de faire échapper à la nullité les sociétés où, grâce au mécanisme commercial de l'action, les conflits d'intérêts entre époux sont susceptibles de s'apaiser ou même de disparaître complètement.

Sociétés anonymes

C'est surtout en effet à propos des sociétés anonymes que la question a été posée devant les tribunaux. On a remarqué, non sans raison, qu'il serait absurde et injustifié de déclarer la nullité d'une société anonyme pour ce seul motif que des époux y figurent comme titulaires d'actions de numéraire. Les époux ont fait un simple placement de fonds en prenant chacun la qualité d'actionnaires. Il n'existe, en pareil cas, aucune opposition d'intérêts entre eux. Partant, on ne doit redouter aucune atteinte actuelle ou éventuelle au principe de l'autorité maritale. Par ailleurs, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales est respectée si chaque époux, en se portant acquéreur desdites actions, n'a fait qu'aliéner

(47) V. cependant Paris, 10 décembre 1898, *Journ. Soc.*, 1899, p. 125 ; Amiens, 8 juillet 1899, *Journ. Soc.*, 1900, p. 212.

des biens ou des valeurs dont il avait la libre disposition (48).

Ce raisonnement paraît inattaquable. Il appelle néanmoins quelques réserves. Il suffit de supposer que la femme, par exemple, achète un nombre d'actions suffisant pour s'assurer la majorité à l'assemblée générale. L'opposition d'intérêts réapparaît alors entre elle et son mari. *Quid*, en pareille hypothèse, de l'autorité maritale ? *Quid* encore si la femme postule avec succès la qualité d'administrateur ? Où s'arrête la validité, où commence la nullité de la société anonyme ? On comprend pourquoi certaines décisions ont consacré la solution radicale, c'est-à-dire la nullité dans tous les cas, sans distinguer les sociétés entre époux des sociétés avec les tiers (49).

Deux époux peuvent-ils figurer parmi les sept associés nécessaires à la constitution d'une société anonyme ? La question a été résolue dans le sens de la négative par la Chambre civile (Ch. civ., 14 décembre 1881, S. 1883, 1, 33) qui a précisé que, dans le cas où les époux apportent des biens communs, la société est nulle s'il n'y a pas six fondateurs au moins en dehors des époux. Faut-il conclure de là à la validité de la société dans l'hypothèse où les époux apporteraient chacun des biens propres ? A notre connaissance, la question ne s'est jamais posée devant les tribunaux, mais, comme on l'a déjà fait remarquer (50), il est vraisemblable qu'elle appellerait, elle

(48) En ce sens : THALLER et PERCEROU, nos 346 et suiv. — Comp. PIC, nos 407 et suiv.

(49) V. not. Ch. civ., 5 mai 1902, D. 1903, 1, 207, S. 1905, 1, 41, note HÉMARD.

(50) Cf. VALÉRY, dans la *Rev. gén. dr.*, 1912, p. 556.

aussi, une réponse négative justifiée par l'idée que la participation des époux à la fondation d'une société anonyme engendre entre eux des rapports personnels plus étendus que ceux des simples actionnaires, et susceptibles comme tels de porter atteinte à la puissance maritale ou aux droits du mari comme chef de l'association conjugale.

Nous ajouterons que les mêmes motifs ont été invoqués contre la possibilité pour les époux d'être en même temps administrateurs de la même société anonyme (51). Cette solution a d'ailleurs été critiquée assez vivement par certains auteurs (52).

Conclusion

Quoi qu'il en soit, s'agissant des sociétés conclues entre les époux et des tiers, l'opinion dominante est que, en vertu des dispositions générales de l'article 1388 C. civ., la nullité doit l'emporter dès l'instant qu'il est établi en fait que chacun des époux figure dans la société avec une personnalité distincte de celle de l'autre (53). Ce qui revient à dire que la société est valable si l'on rapporte la preuve que les époux ne forment qu'une seule et même partie au contrat (54).

Telle est bien en effet l'orientation actuelle de la juris-

(51) Cf. DEMOGUE, *Traité des obligations, Sources*, II, p. 639, note 2. — Comp. Trib. civ. Seine, 14 juin 1906, *Rec. Soc.*, 1906, p. 391.

(52) Cf. HÉMARD, n° 82, notes 2 et 3.

(53) AUBRY et RAU, *loc. cit.*, et la jurisprudence rapportée *supra*, note 46.

(54) Si, par exemple, un seul compte a été ouvert aux époux sur les registres de la société. En ce sens : Paris, 4 janvier 1885, sous Req. rej., 6 février 1888, S. 1890, 1, 52.

prudence (55). Des deux arguments tirés des articles 1395 et 1388 C. civ. en faveur de la nullité des sociétés qui sont conclues entre les époux à l'exclusion de tout contractant étranger, seul le dernier subsiste quand on raisonne sur les sociétés conclues entre les époux et des tiers (56). Sans doute, le principe de l'article 1395 C. civ. conserve-t-il toute sa force, mais il passe à l'arrière-plan, parce qu'il ne trouve pas l'occasion de s'appliquer, spécialement en matière de sociétés par actions. Voilà, à notre avis, l'idée essentielle qu'il fallait dégager — compte tenu naturellement, de toutes les réserves que nous avons signalées, chemin faisant.

Droit international

Nous arrivons aux difficultés de droit international. Comment déterminer, dans la matière du conflit des lois, la loi applicable, en France, aux sociétés entre époux ? La

(55) Un arrêt de la Chambre civile (24 février 1913, préc.) ayant déclaré que seule est nulle « toute société existant uniquement entre époux » on a voulu en tirer argument en faveur de la validité des sociétés constituées entre les époux et un ou plusieurs tiers. Et il faut reconnaître que l'arrêt lui-même paraît confirmer cette interprétation. Il s'agissait d'une société en nom collectif conclue à l'origine entre un père, son gendre et un tiers. Les statuts stipulaient qu'en cas de décès d'un associé avant l'expiration du terme de la société, celle-ci continuerait entre les associés survivants, la veuve et les héritiers du défunt. La fille était entrée dans la société en qualité d'unique héritière de ses père et mère. L'arrêt du 24 février 1913 a reconnu la société valable jusqu'au moment où les tiers ayant tous cédé leurs droits au mari, celui-ci s'est trouvé seul associé avec sa femme. Il faut observer cependant que cette décision a été rendue en matière fiscale, et que, par un arrêt en date du 3 juillet 1917 (S. 1916-1917, 1, 83, note WAHL, col. 3), la Chambre civile est revenue sur sa première jurisprudence.

(56) Mais, après le décès du mari, les objections tirées de l'article 1388 C. civ. disparaissent nécessairement. Cf. Req., 6 février 1888, préc.

question serait, sans aucun doute, beaucoup moins délicate si l'on était fixé de façon à peu près certaine, en doctrine et en jurisprudence, sur le régime des contrats entre époux en droit international. Or, la doctrine est très divisée à cet égard. Quant à la jurisprudence, elle est à la fois rare et extrêmement flottante.

Divers principes de solution ont été proposés. Nous n'en retiendrons que deux, — les plus saillants.

Dans un premier système (57), on présente la question comme une dépendance du *régime des biens* entre époux. On raisonne alors de la façon suivante. Les époux, observe-t-on, sont parfaitement libres de déterminer eux-mêmes leurs conventions matrimoniales. Pareillement, ils sont libres de conclure tel ou tel contrat dès l'instant que la loi qu'ils ont choisie pour gouverner leur régime ne s'y oppose pas. On lie les deux problèmes pour conclure à l'application du statut d'autonomie. La loi compétente serait donc la loi choisie par les parties ou, à défaut, la loi présomptivement adoptée par elles (58).

Dans un autre système, — tout différent du précédent, — (59) le régime des contrats entre époux ne serait autre chose qu'une *conséquence civile* du mariage, abstraction faite de toute difficulté relative au régime des biens entre époux. Poser la question sous cette forme, c'est la résoudre. La loi applicable est, en principe, la loi nationale du mari au jour du mariage.

(57) Comp. PILLET, *Traité*, II, n^{os} 503 et suiv.

(58) Quelquef. la loi du lieu où le mariage a été célébré (Cf. PILLET, *loc. cit.*) ou la loi du domicile matrimonial. Cf. Req. rej., 24 décembre 1867, S. 1868, I, 134.

(59) BARTIN, *Cours de droit international* (1926-1927), p. 244 et 245.

Si nous nous en tenons au contrat de société, — le seul qui nous intéresse ici, — nous reconnâtrons que cette dernière doctrine est en pleine conformité avec la jurisprudence que nous avons analysée plus haut, en droit interne. Sans doute, si la théorie de la nullité des sociétés entre époux avait été construite sur des règles de régime proprement dites, on aurait pu, au moins dans une certaine mesure, recourir au principe de l'autonomie de la volonté et appliquer, par conséquent, la loi choisie par les époux ou la loi présomptivement adoptée par eux (60). Mais nous savons que les deux arguments fondamentaux sur lesquels s'appuie la jurisprudence sont tirés de textes qui n'ont ni la portée ni le caractère des règles de régime. Il est incontestable en effet que les articles 1388 et 1395 C. civ. touchent essentiellement à la détermination des conséquences civiles du mariage, et que, comme tels, sous le point de vue du conflit des lois, leur application ou leur rejet dépend de la loi nationale du mari, au jour du mariage.

Tel est, du moins, le principe. Il convient maintenant de le tempérer par un certain nombre de réserves.

Tout d'abord, si le caractère impératif des articles 1388 et 1395 C. civ. ne fait de doute pour personne en droit interne, on discute sur le point de savoir si ces textes ne renfermeraient pas également des dispositions d'ordre public international. Et s'il est à peu près certain que la

(60) Encore cette doctrine ne serait-elle pas exempte de critique, en ce qui concerne notamment le régime légal qu'elle considère à tort comme un régime conventionnel tacite. Cf. sur ce point AUBRY et RAU, § 480, note 13. *Adde* : les réserves visées *infra*, notes 62 et 63.

négative l'emporte, à cet égard, en ce qui concerne le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (61), au contraire, il semble que la règle de l'article 1388 C. civ. pourrait fort bien être considérée comme une disposition de police au sens de l'article 3 C. civ. Dès lors, les clauses du contrat de mariage — ou du contrat de société, — qui y dérogeraient, ne pourraient avoir aucun effet en France, lors même qu'elles seraient en pleine conformité avec la loi nationale du mari, au jour du mariage (62).

Une autre réserve nous paraît devoir s'imposer au cas où la société entre époux, valable d'après la loi nationale du mari au jour du mariage, porterait sur des immeubles situés en France. En pareille hypothèse, la loi française pourrait être déclarée compétente, en vertu de l'article 3 § 2 C. civ. (63).

(61) Cf. PILLET, *op. cit.*, II, n° 538.

(62) AUBRY et RAU, § 504 *ter*, texte et note 1.

(63) Comp. Paris, 5 mars 1901 (donations entre époux), Cl., 1901, p. 775.

CHAPITRE V

Point de vue commercial

Effets de la société commerciale à l'égard des tiers

Point de vue civil

Du système général des preuves en matière civile et de la preuve en matière de sociétés commerciales

—

Aux règles de fond qui sont en principe les mêmes en matière de contrats civils et en matière de contrats commerciaux, il faut opposer les règles de forme qui font au contraire l'objet de nombreuses dispositions de la loi commerciale dérogatoires pour la plupart aux principes généraux du droit civil. Nous nous occuperons à cette place de règles qui, selon nous, sont très voisines des règles de forme : nous voulons parler des règles de preuve (1). Conformément au plan que nous avons adopté, nous étudierons plus spécialement les règles relatives à la preuve en matière de sociétés commerciales, à seule fin

(1) Sous peine d'entrer dans des développements qui nous feraient sortir de notre sujet, nous sommes contraint d'adopter une opinion et de prendre immédiatement parti sur ces difficultés. Sur les rapports entre les dispositions de preuve et les dispositions de forme en droit international, v. arrêt de principe, Ch. civ., 24 août 1880, S. 1880, 1, 413, et Et. BARTIN, *Cours de droit civil approfondi*, 1925-1926, p. 135 et suiv. Sur les rapports entre les dispositions de preuve et les dispositions de forme en droit interne, v. *infra*, § 1.

de déterminer dans quelle mesure il est possible de les rattacher au système général des preuves du droit civil. Une fois de plus, nous nous serons efforcés de passer les ciseaux entre les règles de caractère exclusivement commercial, d'une part, et les règles civiles proprement dites, d'autre part.

Art. 1341 C. civ.

On sait que l'article 1341 C. civ. alinéa 1 prescrit l'exclusion de la preuve testimoniale et des présomptions de l'homme (art. 1353) pour tout litige portant sur une valeur supérieure à 150 francs (1 *bis*). Toutefois l'alinéa 2 du même texte fait une réserve expresse en faveur « des dispositions des lois relatives au commerce » — ce qu'on traduit généralement en déclarant que l'article 1341 C. civ. n'est pas applicable en matière commerciale. La formule est courante dans les arrêts. Ne conviendrait-il pas d'en préciser les termes, et surtout d'en limiter l'étendue ?

[(1 *bis*) La rédaction des matières contenues dans le présent chapitre ayant été achevée à la date du 31 mars 1928, on n'y verra pas figurer les dispositions de la loi du 1^{er} avril 1928 (*J. off.*, 8 avril 1928) modificatives des articles 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1923, 1924, 1950 et 2074 C. civ. De l'aveu du législateur lui-même (*Documents parlementaires*, Chambre des députés, session de 1926, n^{os} 2539 et 3050 et session de 1928, n^o 5401, rapport SÉROL) la réforme opérée par la loi du 1^{er} avril 1928 ne touche pas au fond du droit et n'a d'autre objet que d'ajuster aux conditions actuelles de la vie le taux d'admission de la preuve testimoniale en matière civile, en le portant de 150 à 500 francs. Nous regrettons seulement que le législateur en négligeant de modifier de façon corrélative les dispositions des articles 1834 C. civ. et 41 C. com. ait ainsi consacré une différence de forme arbitraire entre des textes qui ont la même origine et qui se rattachent peut-être, comme nous le verrons, au même système général de preuves. R. D.].

Art. 109 C. com.

L'admission en matière commerciale de la preuve testimoniale sans restriction, quel que soit l'intérêt en jeu dans le litige — ce qu'on a appelé le principe de la liberté des preuves en matière commerciale — nous apparaît bien, en effet, comme un principe traditionnel de notre droit français. Déjà consacré par l'Edit de Charles IX (1563) qui instituait à Paris la juridiction consulaire, il a été repris par l'article 49 C. com. pour les associations en participation, et par la disposition fondamentale de l'article 109 C. com. qui, au nombre des moyens de preuve admis pour les opérations commerciales (2), fait figurer la preuve testimoniale « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ». Est-ce à dire que les rédacteurs du Code de commerce ont entendu limiter par là le principe de la liberté des preuves au bon vouloir du juge ? En aucune façon. L'article 109 C. com. déclare seulement qu'au point de vue des règles relatives à la mise en jeu de la preuve judiciaire, le juge demeure libre d'autoriser ou de refuser le recours à la preuve testimoniale, mais lorsque l'autorisation a été donnée, la preuve testimoniale est

(2) La disposition de l'article 109 C. com. semble en effet ne viser que les *achats et ventes*, mais une jurisprudence solide et déjà ancienne en a étendu le bénéfice à toutes les opérations commerciales sans distinction. V. not. Cass., 21 février 1893, D. 1893, 1, 317 et la formule employée par l'arrêt de la Ch. civ. du 27 juin 1888, D. 1889, 1, 115. Cf. AUBRY et RAU, § 756, note 49 et références au § 763 *bis*, note 1.

pleinement admise (Cf. Req. 14 avril 1875, S. 1876, 1, 168) (3).

Principe de la liberté des preuves en matière commerciale

Dans le domaine des règles relatives à la constitution de la preuve en matière commerciale, le principe qui demeure est par conséquent celui de la liberté. Voilà des règles qui s'écartent singulièrement, semble-t-il, de ce système protecteur de la précision et de l'expression du consentement qu'a institué la loi civile dans les articles 1341 et suivants C. civ. (3 *bis*). Principe traditionnel de la liberté de la preuve en matière commerciale, avons-nous dit. En réalité, sommes-nous en présence d'un véritable principe propre au droit commercial, comportant lui-même des exceptions déterminées, particulières, elles aussi, au droit du commerce, — ou bien, au contraire, sommes-nous seulement en présence d'une exception, considérable sans doute, mais qui n'a et ne peut avoir que l'effet d'une exception proprement dite apportée en faveur du commerce au système général des preuves consacré par la loi civile ? Principe ou exception ? Autrement dit, les règles relatives à la preuve, — précisons : les règles relatives à la *constitution* de la preuve en droit commercial font-elles partie intégrante du système établi par la loi civile, en sorte qu'elles doivent toujours être considérées comme le prolongement du système civil sur le terrain du droit commercial — ou bien, constituent-

(3 et 3 *bis*) V. notre note 1 *supra*. Cf. AUBRY et RAU, § 763 *bis*, note 3. Nous revenons plus loin (§ 1) sur l'analyse de l'article 1341 C. civ.

elles au contraire, par leur caractère propre et original, un système ressortissant exclusivement au droit du commerce, totalement distinct et indépendant du système civil ?

La preuve en matière de sociétés de commerce

L'intérêt du problème ainsi posé apparaît aussitôt qu'on aborde l'étude de la constitution de la preuve en matière de sociétés commerciales. Ici, en effet, le principe de la liberté de la preuve semble disparaître devant les exigences de la loi commerciale elle-même, puisque celle-ci impose aux associés la rédaction d'un acte écrit (art. 39 et 41 C. com. pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple ; art. 1 al. 4 et 5, art. 21 al. 2, art. 55 de la loi du 24 juillet 1867 pour les sociétés par actions) (4). Si l'on met à part les dispositions de l'article 50 C. com. (loi du 24 juin 1921) relatives aux associations commerciales en participation qui soustraient celles-ci à pareille nécessité, on peut dire que tout contrat de société commerciale (5) doit être rédigé par écrit. Qu'est-ce que cela signifie, au juste ? Sommes-nous en présence d'un retour pur et simple aux principes du droit civil ? La question a été posée dans les arrêts, non pas sans doute sous cette forme brutale, mais nous verrons plus loin que nombre des difficultés examinées par les

(4) Sur l'application de l'article 55 de la loi de 1867 à toutes les sociétés commerciales généralement quelconques, réserve faite des associations commerciales en participation, v. PIC, *Des sociétés commerciales*, n° 227.

(5) Nous laissons de côté les dispositions de l'article 1834 C. civ. qui demeurent en dehors de notre sujet comme exclusivement applicables aux sociétés civiles.

tribunaux dans cet ordre d'idées, se rattachent plus ou moins étroitement à la solution de ce problème. D'ailleurs, provisoirement, supposons la difficulté résolue dans le sens de l'affirmative ; cela revient à dire que, dans tous les cas et sauf dérogations expresses de la loi commerciale, la preuve par témoins ne doit être admise que dans les limites autorisées par la loi civile, tant au point de vue de la constitution que de l'administration de la preuve. Ainsi, la preuve testimoniale ne sera permise que si le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'acte de société, ou si la preuve écrite que les associés s'étaient ménagée, a été perdue par cas fortuit ou par force majeure (art. 1348 C. civ.). De même, témoignages et présomptions pourront encore être reçus si les parties sont en mesure d'invoquer l'adminicule d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.), etc... Voilà, entre autres, quelques-unes des conséquences logiques de ce système qui, à défaut de stipulations contraires en matière commerciale, reviendrait au droit commun de la constitution et de l'administration de la preuve en matière civile. Que faut-il en penser ?

Remarquons tout d'abord que cette doctrine suppose résolue une première question : c'est celle de savoir si l'acte instrumentaire, dans les hypothèses où la loi commerciale l'exige en matière de société, doit être considéré comme une formalité substantielle, comme un élément constitutif de ce contrat en sorte que, à son défaut, la société est frappée d'une nullité radicale et complète, ou si, au contraire, il n'est requis qu'à titre de moyen de

preuve, en sorte que l'existence de la société serait distincte et indépendante de l'acte qui la constate. Autrement dit, la loi commerciale a-t-elle prescrit la rédaction d'un acte écrit *ad solennitatem* ou seulement *ad probationem actus* ? Quelques anciens auteurs (6) se sont prononcés en faveur de la solennité de l'écrit, avec toutes ses conséquences. Néanmoins, on s'est détaché peu à peu de cette première conception pour en venir à l'opinion généralement adoptée aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence, à savoir que, à défaut d'acte écrit, la preuve du contrat de société — sauf à expliquer ce qu'il faut entendre exactement par là — peut être rapportée « par des moyens différents ». Nous employons à dessein une formule vague que nous verrons à préciser tout à l'heure. Pour l'instant il suffit que nous supposions admis ceci que l'acte instrumentaire est un moyen de preuve de la société, et n'est pas autre chose. Suit-il de là, nécessairement, que ce moyen de preuve s'inscrit dans le cadre des moyens de preuve autorisés et réglementés par la loi civile ? C'est précisément ce qu'il faut démontrer.

(6) Cf. MERLIN, *Répert.*, v^o Soc., § 2, article 2. Dans le même sens : PARDESSUS et la première jurisprudence de la Cour de cass. V. 12 décembre 1815 et 18 décembre 1828 (D. 1826, 1, 102, D. 1829, 1, 69). Ce n'est pas à dire que cette première opinion soit complètement abandonnée aujourd'hui (V. not. HOUPIN et BOSVIEUX, n^o 105 et les auteurs cités en note). On l'a vue réapparaître récemment avec la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui exige la rédaction d'un écrit *à peine de nullité* (art. 9). Etant donnés les termes mêmes employés par le législateur de 1925, il paraît difficile de ne pas reconnaître que l'acte écrit est, en l'occurrence, un élément constitutif de la société et n'est pas requis seulement à titre de moyen de preuve (En ce sens : DROUETS, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, n^o 115. — *Contra* : HÉMARD, *op. cit.*, n^o 148).

Retour au droit commun de la preuve en matière civile

Avant de passer à l'examen des difficultés que nous rencontrons en jurisprudence dans cette matière, il convient d'examiner les deux catégories d'arguments auxquels on recourt généralement pour justifier, dans nos hypothèses, le retour au droit commun de la preuve en matière civile. Ces arguments sont de deux sortes : un argument d'ordre historique, d'une part ; un argument de texte, d'autre part. Nous n'aurons pas grande difficulté à écarter le premier ; quant au second, il est impressionnant, mais non définitif.

Arguments d'ordre historique

Historiquement, on rappelle que la rédaction d'un acte instrumentaire en matière de sociétés était déjà prescrite par l'Ordonnance de 1673 (tit. IV, art. 1) (7). Or, les articles 39 et 41 C. com. n'ont fait que reprendre la disposition de l'Ordonnance de 1673 pour l'appliquer désormais à toutes les sociétés en nom collectif ou en commandite (8). Mais l'Ordonnance de 1673 elle-même n'avait point eu pour but de déroger aux règles antérieu-

(7) Il faut même remonter à l'Ordonnance de Blois de 1579 dont l'article 357 semble n'avoir eu pour but que d'étendre et de renforcer les dispositions de l'article 38 de l'édit de Roussillon de janvier 1563. L'article 414 du Code Michaud (janvier 1629) parfois cité, ne visait que la « publication des associations entre marchands et désistements d'icelles ».

(8) V. BÉDARRIDE, *Traité de droit commercial*, n° 346 ; MERLIN et PARDESSUS (*loc. cit.*) étaient au contraire d'avis que les dispositions du Code (art. 39 et 41) devaient l'emporter sur celles de l'Ordonnance. Les travaux préparatoires (Cf. LOCRÉ, p. 157 à 167) ne donnent aucun renseignement utile à cet égard.

rement établies, d'abord par l'Ordonnance de Moulins de 1566, puis par l'Ordonnance sur la procédure de 1667, applicable, comme on sait, aux contrats en général (9). On fait alors remarquer que l'article 1341 C. civ. n'est que la reproduction quasi littérale de l'article 2 du titre XX de l'Ordonnance de 1667. De là à conclure que l'article 39 C. com. ne dit pas autre chose que ce qui est consacré par l'article 1341 C. civ., il n'y a qu'un pas.

Réfutation

Ce raisonnement est assez peu solide. Il nous paraît en effet basé sur des considérations historiques incertaines puisque, d'une part, il est établi que, notamment sur ce point précis de l'exigence d'un acte écrit en matière de sociétés, l'Ordonnance de 1673 se heurta à la résistance obstinée des commerçants qui ne la respectèrent point et des Parlements qui feignirent de l'ignorer, et que d'autre part, il est non moins avéré que l'Ordonnance de 1667, si elle était applicable à tous les contrats en général, fléchissait néanmoins en matière de commerce devant les usages établis (10). Au surplus, il ne faut pas oublier que, sous l'ancien régime et jusque dans les premières années du XIX^e siècle, les juridictions consulaires furent essentiellement des tribunaux d'équité, « qui rendaient des décisions de pur fait, *ex aequo et bono*, en dehors de toute construction juridique » (11).

(9) V. DELANGLE, n° 508.

(10) V. Pr.-verb. du 15 janvier 1807 ; *Tr. prép.*, n° XLI, et les observations du Prince Archichancelier et de M. Regnaud de Saint-Jean d'Angély (LOCRE, p. 165).

(11) V. la remarquable étude de M. THALLER dans le *Livre du cente-*

Argument de texte

Mais voici l'argument principal : on fait observer que la comparaison des articles 1834 C. civ., 39 et 41 C. com. avec les articles 1341 et suivants C. civ. est significative : l'article 1834 C. civ. est la reproduction quasi littérale de l'article 1341 C. civ. ; quant aux articles 39 et 41 C. com., il n'est pas douteux que les termes dans lesquels le législateur de 1807 les a conçus, les rapprochent singulièrement des textes qui consacrent le système général des preuves en matière civile. Par conséquent, refuser de reconnaître un lien entre ces différentes dispositions légales, ce serait nier que les mêmes termes doivent avoir partout la même signification.

On ne songe pas un instant à repousser cet argument de textes, purement et simplement. Ce serait aller contre toute évidence. Aussi bien convient-il, non pas d'en contester le bien-fondé, mais seulement d'en limiter la portée. Lorsque le législateur impose la rédaction d'un acte instrumentaire en matière de société en général, la première idée qui vient à l'esprit du commentateur de la loi, c'est que, en dehors du point de savoir si le législateur a entendu sanctionner par là le caractère solennel du contrat

naire, p. 231. M. THALLER relève l'opposition tranchée qui existait encore en 1804 entre les deux législations civile et commerciale, la première, enfermée dans le raisonnement juridique « ainsi que dans un étou », la seconde affranchie au contraire de toute considération doctrinale ou dogmatique. L'auteur rappelle à quel point l'ordonnance de 1673 est dépourvue de toute marque théorique : ses rédacteurs ont ignoré le droit civil ; ils ont seulement fixé par écrit quelques-unes des pratiques commerciales qu'ils connaissaient et qui étaient le plus généralement admises.

de société et, partant, prohiber tout autre moyen de preuve généralement quelconque, ou s'il entend seulement repousser la preuve testimoniale dans telles ou telles hypothèses déterminées, entre telles personnes ou contre telles autres, — bref, réserve faite de ces difficultés, la première idée à laquelle on songe immédiatement, c'est que le législateur a eu apparemment quelque raison de se défier de la preuve testimoniale. Pareillement, en matière civile, lorsque les rédacteurs du Code ont décidé dans l'article 1341 C. civ. qu'il devait être passé acte de toute opération supérieure à 150 francs, c'est qu'ils ont eu sans doute quelque sérieux motif d'exclure d'une manière générale la preuve par témoins. Voilà donc deux solutions voisines, très voisines même, consacrées législativement en des termes quasi identiques. Néanmoins sommes-nous autorisés à conclure de là à l'identité des raisons de fond qui les justifient ? Pareille conclusion ne saurait être acceptée que sous bénéfice d'inventaire. En effet, ce qui importe avant tout, c'est l'esprit de la loi, et, à cet égard, pouvons-nous affirmer en toute certitude que le législateur s'est inspiré des mêmes considérations dans les deux catégories d'hypothèses ?

Si nous arrivons à résoudre cette question dans le sens de la négative, si nous démontrons que, dans le fond même du droit, il n'y a pas, sur le terrain qui nous occupe ici, un lien nécessaire entre les dispositions de la loi civile et celles de la loi commerciale (12), nous aurons fait un

(12) Renvoi à notre note 5. Ce que nous disons au texte pour les articles 39 et 41 C. com. est également applicable aux dispositions de la loi de 1867 sur les sociétés par actions.

pas vers la solution du problème que nous posions tout à l'heure sur le point de savoir si l'article 109 C. com. (vis-à-vis duquel les art. 39 et 41 C. com. ne sont que des exceptions, au sens précis du mot) consacre un véritable principe propre au droit commercial, construit sur des bases différentes, exorbitantes sinon indépendantes de celles du système civil, — ou s'il prend seulement figure d'exception par rapport à la théorie générale des preuves en matière civile. Quand nous aurons ainsi passé en revue les principales difficultés relatives à l'admission ou à l'exclusion de la preuve testimoniale, il nous restera à déterminer, toujours dans le domaine de la constitution de la preuve, de quelle façon et dans quelle mesure fonctionnent, en droit commercial et plus spécialement en matière de sociétés commerciales, les règles relatives aux actes sous seing privé que la loi civile prévoit dans les articles 1325, 1326 et 1328 C. civ. Enfin, dans un dernier paragraphe, nous nous efforcerons de préciser la notion d'usage commercial : s'agit-il d'un simple usage conventionnel ou d'une règle de droit coutumier proprement dit ?

Plan

Nous étudierons donc successivement :

- § 1. La preuve testimoniale (art. 1341 et suiv. C. civ.).
- § 2. L'acte sous seing privé (art. 1325 à 1328 C. civ.).
- § 3. L'usage commercial.

§ 1. — *La preuve testimoniale*

Rappelons rapidement les données du problème. Il s'agit de rechercher si les raisons de fond qui ont inspiré les législateurs de 1807 (art. 39 et 41 C. com.) et de 1867 (art. précités de la loi du 24 juillet 1867) en matière de sociétés commerciales, sont les mêmes que celles qui ont inspiré le législateur de 1804 dans les articles 1341 et suivants C. civ.

Explications proposées de l'art. 1341 C. civ.

La question serait relativement simple si l'on s'entendait sur l'explication qu'il convient de donner des articles 1341 et suivants C. civ. En pareil cas, en effet, il suffirait d'appliquer dans la mesure du possible cette explication à nos textes de droit commercial, d'en tirer toutes les conséquences logiques et de vérifier si les résultats acquis en jurisprudence cadrent avec elle. Malheureusement, les auteurs ne sont pas d'accord et le problème se complique ainsi quelque peu. Pour certains, le motif principal de l'article 1341 C. civ. serait le désir de supprimer les procès en désarmant dès avant le litige le créancier qui ne se serait pas muni d'une preuve écrite. Pour d'autres, la loi a écarté la preuve testimoniale, parce qu'elle a craint les fausses déclarations et la subornation des témoins. D'après cette doctrine, l'article 1341 C. civ. établirait une présomption d'infériorité morale des témoignages oraux. Ces explications, la dernière surtout, sont classiques, et la

jurisprudence les a parfois sanctionnées (13). Toutefois, et à nous en tenir au seul domaine du droit interne, elles ne sont pas complètement satisfaisantes. Notamment, elles ne justifient en aucune façon le caractère facultatif de la règle de l'article 1341 C. civ. ni la validité des conventions sur la preuve, reconnues cependant aujourd'hui comme pleinement possibles ; elles n'expliquent pas davantage les dispositions des articles 1343, 1344, 1345 et 1346 C. civ. qui suivent, complètent et renforcent dans le Code la règle de l'article 1341 C. civ. Nous croyons donc devoir adopter une autre opinion qui, à l'avantage de combler les lacunes des précédentes, joint celui d'emporter des conséquences conformes aux principes généraux du droit international. Nous nous bornerons d'ailleurs à la formuler ; sa justification, en droit civil, nous entraînerait beaucoup trop loin (14).

Analyse adoptée

A notre avis, si la loi civile a restreint dans une large mesure l'application de la preuve testimoniale, c'est qu'elle a redouté l'*insuffisance et l'infidélité involontaire de la mémoire des témoins*. Voilà, d'après nous, la seule analyse possible des articles 1341 et suivants C. civ. Voilà la formule que nous supposons démontrée sur le terrain civil. Essayons de la transporter sur le terrain commercial (15). Est-ce possible ? Dans l'affirmative, quelles en sont les conséquences ?

(13) Cass., 1^{er} juin 1893, S. 1893, 1, 285.

(14) Renvoi à notre note 1.

(15) AUBRY et RAU, § 762, note 3 bis.

Transport de cette analyse sur le terrain commercial

Voici tout d'abord un premier point. Si les rédacteurs du Code de 1807 et le législateur de 1867, quand ils ont imposé la rédaction d'une preuve écrite en matière de sociétés commerciales, ont voulu établir par là une simple présomption de l'insuffisance de la mémoire des témoins, — si tel est le véritable fondement de la nécessité d'une preuve écrite en notre matière, on conçoit parfaitement que, dans certaines hypothèses tout au moins, les parties aient entendu, quant à elles et dans leurs rapports entre elles, par exemple, accorder aux témoins une confiance que la loi leur avait refusée.

Conventions de preuve

Autrement dit, si notre formule de départ est exacte, certaines conventions au moyen desquelles les prétendus associés entendraient renoncer à la preuve écrite dans leurs rapports entre eux, doivent être pleinement valables. Dans cet ordre d'idées, on peut imaginer plusieurs combinaisons. Tout d'abord, antérieurement au procès et dès avant le litige, les parties pourraient conclure une convention ayant pour but de permettre à l'une d'entre elles — voire à elle toutes — d'invoquer en cas de difficultés la preuve testimoniale au lieu et place de la preuve écrite requise par la loi. De même et inversement, toujours dans une convention antérieure au procès, il ne serait pas absurde de concevoir, dans certaines hypothèses déterminées, un accord intervenant entre les parties dans le but, non plus comme

précédemment d'adoucir mais d'aggraver les exigences de la loi, en substituant à la preuve prévue par la loi, non plus un mode de preuve plus facile, mais un mode de preuve plus rigoureux. Ainsi, quels seraient les effets et la valeur d'une convention aux termes de laquelle les parties conviendraient de faire dresser un acte authentique, dans les hypothèses, courantes aujourd'hui (16), où la loi n'exige qu'un acte sous seing privé ? Enfin *quid* si la question était posée non plus antérieurement au litige, mais en justice, au cours même du procès ? *Quid* de l'hypothèse où l'une des parties refuserait à l'audience de se prévaloir contre l'autre des dispositions légales relatives à la preuve en matière de sociétés commerciales, au cas où, par exemple, le demandeur produisant la preuve testimoniale, le défendeur ne s'y opposerait pas ou même l'accepterait expressément ?

Conventions de preuve en matière commerciale

On sait que des problèmes identiques se sont posés en matière civile proprement dite, dans le domaine propre de l'article 1341 C. civ., et que la plupart ont été ou peuvent être résolus dans le sens de la validité. Ici, dans le domaine propre du Code de commerce et de la loi de 1867, pouvons-nous admettre la même solution ? Sommes-nous autorisés à conclure également dans le sens de la validité des conventions de ce genre ? Voilà un premier point qui

(16) On sait que l'acte authentique n'est plus exigé, aujourd'hui, en matière de sociétés commerciales, que dans deux hypothèses : dans le cas d'apport d'un brevet d'invention (loi du 5 juillet 1844, art. 20) et dans le cas prévu par l'article 854 C. civ.

nous retiendra assez longtemps. Nous ne pourrons, en effet, apporter quelques éclaircissements sur ces difficultés qu'après avoir analysé d'assez près la jurisprudence — extrêmement variée et abondante aujourd'hui — sur l'absence d'écrit en matière de sociétés commerciales.

Vérification de l'analyse adoptée, sur le domaine du droit international

Voici maintenant un second point, celui-là sur le terrain du droit international. On sait que l'analyse de l'article 1341 C. civ., telle que nous l'avons rappelée tout à l'heure, très rapidement d'ailleurs, en droit interne, trouve sa vérification sur le terrain du droit international privé, notamment dans l'application de la règle *locus regit actum*. Est-il étonnant que la règle de l'article 1341 présente un certain caractère facultatif en droit interne, lorsque, là aussi, sous le point de vue du conflit des lois, la volonté des parties trouve la possibilité de s'exercer dans une large mesure ? En effet, ne dépend-il pas toujours des parties de choisir le lieu où elles traitent ? Mais on sait, d'autre part, sous quelles conditions et à quel titre intervient ici la règle *locus regit actum*. On sait pourquoi on écarte en définitive la loi personnelle qui serait la seule rationnellement applicable. Eh bien, ceci rappelé, revenons au droit commercial. S'il est vrai, en droit interne, que nos textes de droit commercial relatifs à la constitution de la preuve en matière de sociétés, reposent sur les mêmes bases que la règle de l'article 1341 C. civ., pareillement, en droit international privé, nous devons nécessairement retrouver les mêmes raisonnements et des solutions analogues. Voilà une vérification qui n'est pas négli-

geable quant à ses conséquences, et à laquelle nous devons procéder.

Droit interne. Problème de la validité des conventions sur la preuve des sociétés de commerce

Revenons-en pour l'instant au seul terrain du droit français interne. Revenons à la question de la validité des conventions sur la preuve des sociétés commerciales. Rechercher dans quelle mesure les textes qui imposent la preuve écrite en cette matière, sont impératifs ou facultatifs, déterminer dans quelle mesure les parties pourraient substituer à la preuve légale une preuve différente, plus facile ou plus rigoureuse, cela, bien évidemment, suppose déjà connues et délimitées les hypothèses précises en vue desquelles la preuve légale a été prescrite. Cela suppose, par conséquent, une étude préliminaire de cette jurisprudence extrêmement variée que l'on désigne parfois sous l'expression générique de « jurisprudence relative à l'absence d'écrit ». C'est à cette tâche que nous allons consacrer les développements qui suivent.

Détermination des hypothèses précises dans lesquelles un acte écrit est exigé

Il est entendu que nous ne raisonnons que sur les sociétés pour lesquelles la loi a prévu la rédaction d'un acte instrumentaire, à l'exclusion de toutes les autres, à l'exclusion, par conséquent, de l'association en participation. Nous supposons que, pour une raison quelconque, l'acte écrit (statuts, actes constitutifs ou modificatifs, etc...) tel qu'il est défini par la loi commerciale, n'a pas été dressé

par les parties ou qu'il est frappé d'une nullité qui le rend impropre à servir de preuve dans les circonstances où il est invoqué. Enfin, nous nous plaçons, en principe (17), en dehors de toute difficulté relative aux conséquences du défaut de publicité, pour n'envisager que les hypothèses d'absence d'écrit ou de nullité de l'acte dans tous les cas où, quant à ses conséquences de droit, celle-ci peut être légalement assimilée à celle-là. Cela posé, examinons comment varie, selon la qualité des personnes en cause ou l'objet de leur demande, la solution qu'apporte la jurisprudence à la question suivante : les parties en cause, à défaut d'une preuve écrite proprement dite et complète, peuvent-elles recourir à un moyen de preuve différent ? Dans l'affirmative, quel est ce moyen de preuve ?

Jurisprudence

La jurisprudence a introduit en cette matière des distinctions multiples. Pour l'instant, nous n'en retiendrons qu'une seule : la distinction quant aux personnes entre lesquelles la question de preuve se pose. A cet égard, quatre catégories d'hypothèses peuvent se présenter :

Distinction entre quatre catégories d'hypothèses

1^o La question de preuve est exclusivement restreinte à des personnes qui, en leur nom propre ou au nom de celui

(17) Il est évident que, dans les hypothèses d'absence d'écrit, des difficultés relatives à l'absence de publicité se rencontreront presque toujours, puisque l'absence d'écrit entraîne *ipso facto* l'absence de publicité. On verra plus loin qu'il n'est pas inutile néanmoins de distinguer les deux notions.

qu'elles représentent (18), invoquent leur qualité d'associé ou celle de leur auteur, pour en tirer telle ou telle conséquence de droit à déterminer. *Grosso modo*, la question de preuve se pose ici uniquement dans les rapports des associés entre eux.

2° La question de preuve s'élève complètement en dehors des associés ; elle se restreint exclusivement aux rapports de leurs ayants cause à titre particulier, soit qu'ils aient traité avec eux en leur qualité d'associé, soit qu'ils aient traité seulement en leur nom personnel. Dans cette catégorie figurent notamment les difficultés relatives aux rapports entre les créanciers personnels des associés et les créanciers de la société.

3° La question de preuve s'élève dans les rapports des associés avec les tiers (créanciers personnels des associés, créanciers sociaux, et même *penitus extranei*) en ce sens que ce sont les tiers qui entendent faire leur preuve contre les associés. Exemple : un créancier de la société entend prouver l'existence de la société contre l'associé qui la nie et lui oppose l'absence d'écrit.

4° La question de preuve s'élève toujours dans les rapports des associés et des tiers, mais ce sont les associés qui entendent faire leur preuve contre les tiers. Exemple : un associé entend prouver l'existence de la société contre un créancier personnel qui la nie et lui oppose l'absence d'écrit.

(18) Il s'agit des héritiers *in universum jus* de l'associé. V. *infra*, Req., 18 décembre 1828.

Première catégorie d'hypothèses. Rapports des associés entre eux.

Reprenons notre première catégorie d'hypothèses. Le problème se restreint exclusivement aux rapports des associés entre eux. On suppose qu'il n'y a pas d'acte écrit pour constater la société. D'autres moyens de preuve sont-ils possibles ? et lesquels ? C'est ici que vont apparaître les distinctions jurisprudentielles relatives à l'objet de la preuve.

Ces questions se sont posées dès le début du xix^e siècle. Voici d'abord un arrêt très ancien de la Cour de Paris du 25 janvier 1825 (D. 1825, 2, 150). L'hypothèse est extrêmement simple. Le litige s'élève entre deux personnes dont l'une prétend avoir contracté avec l'autre une société commerciale. Aucun acte écrit n'a été dressé. La Cour de Paris affirme qu'« en matière commerciale, l'associé est admis à prouver l'existence de la société autrement que par écrit ». Aucune précision quant au moyen de preuve admis en l'espèce, mais une indication sur l'objet de cette preuve : l'associé a demandé à prouver l'*existence* de la société.

Voici maintenant un autre arrêt, de la même époque et du même genre, mais plus détaillé que le précédent (Req., 18 décembre 1828, D. 1829, 1, 69). Primus contracte une société commerciale avec Secundus, mais les prescriptions légales relatives à l'acte écrit ne sont point observées. Secundus décède. Tertius, héritier *in universum jus* de Secundus, constate que les manœuvres de Primus ont singulièrement diminué la succession qu'il va recueillir. Il attaque Primus pour lui demander des comptes. Encore

faut-il qu'il établisse la qualité d'associé de Primus, ou, plus simplement, — ce sont les termes mêmes de l'arrêt — qu'il fasse « constater l'existence matérielle de la société ». A défaut d'acte écrit, Tertius peut-il recourir à la preuve testimoniale ? La Chambre des Requêtes l'a admis, mais la rédaction de l'arrêt donne à penser que pareille solution eût été rejetée s'il s'était agi d'établir non plus seulement l'existence matérielle de la société, mais telle ou telle opération juridique proprement dite intervenue entre les prétendus associés : alors, sans doute, la preuve écrite eût été requise.

Cette idée, nous allons en trouver, en effet, la confirmation dans toute une jurisprudence, très abondante, où la preuve testimoniale est écartée, précisément parce que l'objet de la preuve n'intéresse plus seulement des faits matériels, mais bien de véritables opérations juridiques, de caractère conventionnel.

**Distinction entre la preuve des faits purs et simples et la preuve
des opérations juridiques proprement dites**

Voici, par exemple, des opérations contemporaines de la conclusion du contrat de société, qui, si elles sont établies, prouveront indubitablement que les intéressés agissaient en qualité d'associés et se considéraient comme tels (hypothèses de déplacement de la preuve) ; voici des opérations modificatives de l'acte constitutif qui existe, mais que les parties ont négligé de revêtir de la forme légale ; voici des opérations qui, par leur nature même, leurs conséquences, leur but, marquent, chez leurs auteurs, l'intention arrêtée de liquider une

société préexistante, etc... Autant d'hypothèses dans lesquelles la preuve testimoniale n'est pas admise. Mais il importe de bien voir comment, et dans quel sens.

La preuve testimoniale n'est pas admise... Présentée ainsi la formule est incomplète, fausse même. Toutefois, avant de passer à d'autres exemples qui nous permettront de lui donner son aspect correct et définitif, arrêtons-nous momentanément pour conclure sur les décisions déjà examinées. Des observations précédentes il résulte nettement que la jurisprudence, dans les rapports des associés entre eux, fait une première distinction entre les faits matériels générateurs de conséquences juridiques, d'une part, et les opérations conventionnelles, d'autre part. Mais cette distinction n'est autre que celle qui se trouve à la base de l'article 1341 C. civ. En effet, on sait que les règles prescrites par les articles 1341 et suivants C. civ. sont complètement étrangères à la preuve des faits purs et simples et ne s'appliquent qu'aux opérations juridiques proprement dites. Voilà, par conséquent, un premier point de ressemblance à signaler entre nos textes de droit commercial et les dispositions légales du système général des preuves en matière civile. Il y en a d'autres (Angers, 24 février 1894, S. 1896, 2, 243).

Commencement de preuve par écrit. Art. 1347 C. civ.

Une société en nom collectif avait été conclue entre deux personnes. Un acte modifiant les statuts constitutifs avait été signé ultérieurement. Une difficulté surgit. Le demandeur est dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de l'acte modificatif dont il se prévaut. La

Cour d'Angers l'autorise à faire sa preuve par témoins, avec l'adminicule d'un commencement de preuve par écrit. C'est le terrain même de l'article 1347 C. civ.

Preuve contre et outre le contenu aux actes

Faut-il aller plus loin encore sur le même plan, et dire que, de même que l'article 1341 C. civ. n'interdit pas la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, de même l'article 41 C. com. permet de prouver par témoins contre et outre le contenu au pacte social, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit ? L'assimilation est faite depuis longtemps par une jurisprudence tout à fait certaine (Cass., 20 décembre 1852, S. 1853, 1, 27, Cass., 21 juin 1864, S. 1864, 1, 320 ; Paris, 26 janvier 1883 sous Cass. Ch. civ., 4 novembre 1885, S. 1888, 1, 365).

Conclusion

Ainsi donc notre formule se précise : s'agissant des rapports des associés entre eux, la jurisprudence exclut la preuve testimoniale, mais elle ne le fait que dans la mesure où la loi civile elle-même repousse ce genre de preuve. Traduisez : c'est par référence aux dispositions légales du système des preuves en matière civile que doivent être interprétés ici nos textes de droit commercial. Voilà, en effet, la conclusion nette, brutale, à laquelle nous serions tenté de nous arrêter si deux observations complémentaires ne nous paraissaient nécessaires.

Première observation complémentaire

Une première réserve nous est suggérée par un arrêt récent (Req., 26 octobre 1925; *Rec. soc.*, 1926, p. 38 et *D. hebdomadaire*, 1925, p. 605). On sait que les statuts contiennent, généralement, des clauses nombreuses touchant à la répartition des bénéfices entre les différents intéressés. En l'espèce, ces clauses avaient été modifiées par des accords verbaux conclus ultérieurement entre les associés. Aucune preuve écrite. Aucun commencement de preuve. L'associé qui demande à établir ces accords modificatifs, n'a qu'une ressource à sa disposition : des témoignages oraux. La Chambre des requêtes déclare que, dans les rapports des associés entre eux, les modifications aux statuts peuvent être prouvées par *tous* les modes de preuve, — par la preuve testimoniale, par conséquent (19). Nous sommes loin des dispositions du Code de commerce et des lois postérieures qui, en matière de société, excluent la preuve testimoniale même au-dessous de 150 francs. Nous ne sommes plus davantage dans le domaine des articles 1341 et suivants C. civ. Nous retournons purement et simplement à l'article 109 C. com. et au principe général de la liberté de la preuve en matière commerciale.

(19) On ne confondra pas cette hypothèse avec les arrêts qui autorisent la preuve testimoniale (sans commencement de preuve par écrit) dans les cas où il s'agit non plus d'*ÉTABLIR* mais seulement d'*INTERPRÉTER* les clauses constitutives ou modificatives de l'acte de société. Alors, en effet, le juge du fond ne fait qu'exercer son pouvoir d'interprétation en ordonnant la preuve testimoniale. On trouverait des exemples analogues, sur le terrain civil, en matière d'interprétation de testament (AUBRY et RAU, § 763, texte et note 10).

Tout reste à savoir si cet arrêt du 26 octobre 1925 — qui n'est assurément pas dans la ligne des décisions antérieures, — fera jurisprudence.

Deuxième observation complémentaire

Mais voici qui est plus grave et qui relève d'une jurisprudence ancienne et tout à fait assise aujourd'hui (Ch. civ. ch. cons., 28 février 1899, S. 1900, 1, 22). C'est à l'occasion des opérations de liquidation que la question de preuve se pose. Les prétendus associés ont rompu. S'ils demandent à faire la preuve du contrat qui les lie, c'est seulement pour arriver à déterminer les rapports qui ont existé entre eux dans le passé ; ce n'est nullement pour obtenir le maintien du contrat dans l'avenir, puisqu'ils renoncent dès maintenant à ses conséquences quant à leurs obligations futures. En pareil cas, la preuve écrite est-elle nécessaire ? Tous les moyens de preuve autorisés en matière commerciale sont recevables, répond la Chambre civile.

Que doit-on penser de cet arrêt du 28 février 1899 ? Certains de ses considérants nous paraissent déceler chez ses rédacteurs une hésitation quant à la rigueur de la solution adoptée. En effet, après avoir formulé le principe de l'admission de tous genres de preuve, la Chambre civile s'efforce d'étayer son affirmation sur des éléments de la cause, en s'appuyant, notamment, sur le fait que des pièces écrites ont été versées aux débats. Rien de bien ferme ne se dégage, par conséquent, de l'arrêt de 1899. Néanmoins sa solution a été confirmée par plusieurs

arrêts ultérieurs (V. not. Req., 2 janvier 1906, D. 1906, 1, 208 et Req., 7 avril 1909, S. 1909, 1, 388) qui ne laissent place à aucun doute : il faut considérer aujourd'hui cette nouvelle distinction relative à l'objet de la preuve comme absolument certaine.

Quel est le fondement de cette jurisprudence ? Nulle part la loi n'a posé une distinction de ce genre. Les arrêts sont d'ailleurs extrêmement pauvres de motifs. Ils se bornent, le plus généralement, à invoquer le danger que présente pour les tiers, le maintien d'une société non revêtue des formes légales. La dissolution est, dit-on, une hypothèse éminemment favorable. Traduisez : tous les moyens sont bons pour la faciliter. Ce ne sont pas là des arguments de droit. On confond, semble-t-il, liquidation et dissolution. Que la preuve testimoniale soit exclue, cela n'empêchera pas le tribunal de prononcer la dissolution si elle est nécessaire ; par là même, l'intérêt des tiers sera sauvegardé. Nous supposons, par hypothèse, que la liquidation n'intéresse que les associés. Nous ne nous occupons, pour l'instant, que des rapports des associés entre eux. Eh bien, si l'acte écrit a été imposé par la loi dans l'intérêt des associés eux-mêmes, pour les obliger à donner à leur consentement une forme et une précision qui le rendent digne de la protection légale ; si la preuve écrite a été requise en matière de société comme elle l'est en matière civile (art. 1341 et suiv. C. civ.) pour protéger les associés contre le danger de voir transformer en justice, grâce au mécanisme de cette institution si spéciale qu'est la preuve judiciaire, un consentement insuffisant, voire inexistant, en un consentement juridique proprement

dit ; bref, si la loi commerciale s'est inspirée ici des mêmes motifs que la loi civile pour exclure, comme elle, et au moins dans la même mesure, la preuve testimoniale au profit de la preuve par écrit, il n'y a aucune raison de distinguer, comme le fait la jurisprudence, entre les hypothèses de maintien de la société et les hypothèses de liquidation de celle-ci. Dans tous les cas, la preuve écrite s'impose.

Au fond, il est permis de penser que nous sommes en présence d'une véritable jurisprudence prétorienne qui, pour atteindre plus facilement son but — la dissolution des sociétés dites de fait, — croit devoir revenir au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale, et ce, au mépris, semble-t-il, des textes spéciaux aux sociétés commerciales, comme au mépris des dispositions des articles 1341 et suivants C. civ. Il semble qu'on profite de l'incidence de l'article 1341 C. civ. — « le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce » — pour passer par-dessus les règles du droit commun de la preuve en matière civile et tirer des dispositions énumératives de l'article 109 C. com. un véritable principe, peut-être un système de preuve propre au droit commercial.

Formule finale

En résumé, pour en finir avec cette première catégorie d'hypothèses, s'agissant des rapports des associés entre eux, si nous mettons à part l'arrêt de la Chambre des requêtes du 26 octobre 1925, voici la formule finale à laquelle nous aboutissons : en matière de sociétés com-

merciales, la preuve écrite n'est obligatoire, à l'exclusion de la preuve testimoniale, même au-dessous de 150 francs, qu'à la double condition : 1^o que son objet porte sur des opérations juridiques proprement dites ; 2^o que ces opérations aient pour conséquence de lier les associés pour l'avenir, dans les hypothèses de maintien de la société, par opposition aux hypothèses de liquidation de celle-ci.

Deuxième catégorie d'hypothèses

Une deuxième catégorie d'hypothèses nous retiendra moins longtemps. On suppose que la question de preuve s'élève en dehors des associés et se limite aux rapports de leurs ayants cause à titre particulier. C'est, par exemple, le créancier personnel de l'un des associés qui entre en conflit avec des créanciers de la prétendue société. A défaut d'acte écrit, ces derniers peuvent-ils établir le contrat de société et les obligations qui en dérivent à leur profit, autrement que par la preuve écrite ?

Nous n'avons pas relevé d'arrêt qui se prononce directement sur cette question. En décidant que lorsqu'une société en nom collectif manque des formalités exigées pour sa constitution, la nullité qui en résulte peut être opposée par des tiers à d'autres tiers, notamment par les créanciers personnels de l'un des associés à des créanciers qui ont traité avec la prétendue société (Angers, 11 août 1838, D. 1839, 2, 47), la Cour d'Angers laisse peut-être supposer que les créanciers sociaux ne pourraient rapporter la preuve de leur créance, autrement que par un acte écrit impliquant l'existence effective de la société. En fait, pour établir la qualité d'associés des personnes

avec lesquelles ils avaient traité, les créanciers sociaux s'appuyaient sur des présomptions qui n'ont pas paru suffisantes, et c'est là la raison majeure sinon déterminante, pour laquelle la Cour d'Angers leur a préféré les créanciers personnels. En définitive, cet arrêt n'est pas probant. Il remonte d'ailleurs à une époque où la jurisprudence n'était pas fixée comme aujourd'hui sur le sens et la portée des articles 39 et 41 C. com. (20).

A l'heure actuelle, les auteurs n'hésitent pas à reconnaître que les tiers, dans leurs rapports entre eux, peuvent recourir à tous les moyens de preuve autorisés en matière commerciale (21); et la jurisprudence, courante aujourd'hui, qui déclare qu'en matière de sociétés commerciales, l'acte écrit n'est jamais exigé que *inter partes* (dans les rapports des associés entre eux), confirme implicitement cette opinion. Toutefois, à notre avis, quelques réserves sont nécessaires. Nous les ferons ressortir en étudiant la troisième catégorie d'hypothèses à laquelle nous arrivons maintenant.

(20) V. par exemple, un arrêt de la Cour de Paris (29 janvier 1841, D. 1841, 2, 128) qui décide que l'existence de la société commerciale ne peut être prouvée *inter partes* par témoins, même avec un commencement de preuve par écrit, ce qui est manifestement contraire à la jurisprudence actuelle. V. dans le même sens que l'arrêt de la Cour d'Angers, 11 août 1838, précité, un arrêt, plus explicite, de la Cour de Lyon (26 novembre 1863, S. 1864, 2, 202) qui refuse aux créanciers sociaux le droit de prouver la société autrement que par un acte écrit. — *Contra* : Cass. Ch. civ., 31 mars 1851, S. 1851, 1, 276. LYON-CAEN et RENAULT, I, 173 ; ARTHUYS, I, 228 ; PIC, I, 242.

(21) Réserve faite des prérogatives de l'administration de l'enregistrement (Loi du 5 juin 1850, articles 14, 16 et 18 ; loi du 23 juin 1857, articles 6, 7 et 10 ; décret du 17 juillet 1857, articles 1, 9 et 10) (Comp. Cass., 23 février 1875, S. 1876, 1, 473).

Troisième catégorie d'hypothèses

On suppose que la question de preuve s'élève dans les rapports des associés et des tiers, en ce sens que ce sont les tiers qui entendent faire leur preuve contre les associés. Précisons : le litige met en présence un tiers et un associé ; le tiers est demandeur. Par application des règles générales relatives à la charge de la preuve (article 1315 C. civ.), c'est au tiers demandeur à rapporter la preuve de son obligation ou de sa créance ; plus généralement, c'est à lui à établir le rapport de droit qui constitue la base de sa demande. On suppose que ce rapport de droit implique l'existence effective du contrat de société. Autrement dit, les prétentions du demandeur supposent rapportée la preuve du contrat de société lui-même. La question qui nous intéresse est alors celle de savoir si le tiers demandeur doit nécessairement produire une preuve écrite, à l'exclusion de toute autre, ou s'il peut, au contraire, recourir à des modes de preuve différents.

Distinctions introduites par la jurisprudence

Ici encore, la jurisprudence introduit des distinctions suivant la qualité des personnes en cause et selon l'objet de leur demande. Nous noterons immédiatement que le problème, tel que nous l'avons posé, n'intéresse nullement les hypothèses — nombreuses — où le tiers demandeur est astreint à produire seulement la preuve de la convention qu'il a passée avec un ou plusieurs associés, alors que cette convention demeure étrangère ou, plus exactement, extérieure à l'acte social lui-même. En pareil cas, en

effet, on appliquera purement et simplement les règles du droit commun de la preuve en matière commerciale, (art. 109 C. com.), puisque nous sommes, par hypothèse, en dehors de la preuve du contrat de société, c'est-à-dire en dehors des articles 30 et 41 C. com., comme des dispositions correspondantes de la loi de 1867 (V. not. Alger, 4 juin 1877, sous Req., 21 mai 1878, S. 1879, 1, 175).

Preuve des sociétés civiles

De bonne heure notre problème s'est posé pour la preuve des sociétés civiles comme des sociétés commerciales. Sur le terrain des articles 1834 et 1866 C. civ. qui exigent, comme on sait, la preuve par écrit des sociétés civiles dont l'objet est d'une valeur supérieure à 150 fr., on n'a éprouvé aucune difficulté à revenir au principe général de l'article 1341 C. civ. (Civ. rej., 17 février 1858, D. 1858, 1, 124) pour admettre, avec l'adminicule du commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.), le système des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353 C. civ.) (Civ. rej., 19 juillet 1852, D. 1852, 1, 299) (22). Mais nous n'avons pas relevé d'arrêt admettant au profit des tiers — quels qu'ils soient — la preuve testimoniale pure et simple.

Preuve des sociétés commerciales

Tel est, au contraire, le principe consacré en matière de sociétés commerciales. On affirme que, déjà sous l'em-

(22) Notons, pour mémoire, un arrêt ancien de Besançon qui, en affirmant le caractère absolu et impératif de l'article 1834 C. civ., se trouve en contradiction avec toute la jurisprudence rappelée au texte (Besançon, 23 avril 1845, D. 1847, 2, 15).

pire de l'Ordonnance de 1673, la disposition légale qui exigeait que les sociétés commerciales fussent constatées par écrit, ne concernait exclusivement que les rapports des associés entre eux (Bordeaux, 15 juillet 1840, D. 1840, 2, 210). Comme les articles 39 et 41 C. com. n'ont fait que continuer la tradition, on en déduit la possibilité pour les tiers d'établir le contrat de société autrement que par une preuve écrite (Req., 21 mai 1878, précité).

Mais de quelle preuve s'agit-il au juste ? Ici, à notre avis, les arrêts peuvent être classés en deux groupes, bien distincts. Si l'on n'y regardait d'un peu près, on serait tenté de dire, *in globo*, que la jurisprudence donne les plus grandes facilités de preuve aux tiers, et les autorise à recourir à la preuve testimoniale — pour ne parler que de celle-là — et à elle seule, lors même qu'il s'agirait d'opérations juridiques proprement dites, dans les hypothèses, par conséquent, où la loi civile exigerait, en outre, un commencement de preuve par écrit. Voilà qui est vrai, sans doute ; encore faut-il voir en quel sens, sur quel fondement, la preuve testimoniale est autorisée. C'est ici que les arrêts se séparent en deux catégories.

Premier groupe de décisions
Application de l'art. 1348, al. 1

Bien souvent, si le tiers demandeur ne peut apporter une preuve écrite à l'appui de ses prétentions, s'il ne peut produire l'acte de société d'où dérive sa créance, ce n'est pas parce que cet acte n'existe pas : il existe, mais les associés ont intérêt à le conserver par devers

eux, et ils le retiennent. Le tiers demandeur est alors dans la situation du créancier qui se trouve dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de la dette contractée envers lui. En pareil cas, la preuve testimoniale suffit. C'est l'application directe de l'article 1348, alinéa 1 C. civ. De nombreux arrêts rendus en matière de société commerciale, se réfèrent à cette disposition bien connue du Code civil (V. not. Nancy, 25 avril 1853, S. 1855, 2, 535, D. 1855, 2, 349). Tout créancier qui n'a pu se procurer une preuve écrite, est autorisé par la loi à recourir à la preuve testimoniale ou aux présomptions (Cpr. Req., 9 juillet 1900, S. 1903, 1, 223). Ici, par conséquent, dans ce premier groupe d'arrêts, il ne faut pas s'y tromper : si la preuve testimoniale reparait, c'est par application des règles normales du système général des preuves de la loi civile. On revient, en matière commerciale, au mécanisme ordinaire de la preuve, tel qu'il fonctionne en matière civile.

Mais voici un second groupe d'arrêts tout différents des précédents.

Deuxième groupe de décisions

Le tiers demandeur est un créancier qui se présente à l'occasion de la liquidation de la société. Il pourra recourir à tous les modes de preuve *admis en matière commerciale*. Pourquoi ? Parce qu'il s'agit, non de lier les parties pour l'avenir, mais de déterminer leurs rapports dans le passé. Il y a lieu de liquider la société sans prétendre lui faire produire aucun effet pour l'avenir ; par conséquent, tous les modes de preuve

de la loi commerciale (art. 109 C. com.) seront autorisés (Req. rej., 12 juillet 1888, S. 1889, 1, 309, D. 1889, 1, 148 ; Req., 2 janvier 1906, S. 1908, 1, 237, D. 1906, 1, 208, *Rec. Soc.*, 1906, p. 192 ; Rennes, 2 juillet 1909, S. 1911, 2, 39, D. 1911, 2, 224, *Journ. Soc.*, 1910, p. 33, qui reprend, pour l'étendre aux rapports des associés et des tiers, la formule appliquée *inter partes* par l'arrêt Req., 7 avril 1909, précité). On a reconnu la distinction dont nous avons parlé quand nous nous sommes occupé des rapports des associés entre eux. On retrouverait ici dans les arrêts la même absence d'arguments juridiques véritables comme le même luxe de motifs d'opportunité : exiger des tiers la preuve d'une convention à laquelle, en définitive, ils sont demeurés étrangers, serait apporter une entrave aux transactions commerciales... ; il est souhaitable que la liquidation des sociétés de fait soit facilitée, etc... N'insistons pas davantage. On pourrait peut-être expliquer cette jurisprudence par la difficulté souvent considérable qu'on éprouve pratiquement à séparer les faits matériels générateurs de conséquences juridiques, des opérations conventionnelles proprement dites. Tous ces arrêts se rapportent à des sociétés imparfaites, irrégulièrement constituées, infirmes ; partant, on est enclin, surtout au regard des tiers, à faire disparaître l'élément conventionnel derrière l'élément matériel, pour ne plus considérer que le fait, — ce qu'on a appelé le « fait de société ». Expression vague mais qui vaudrait peut-être qu'on s'y attache. Nous nous bornons à signaler l'idée ; sa vérification nous entraînerait trop loin.

Conclusion

Quoi qu'il en soit, et pour conclure sur cette troisième catégorie d'hypothèses, nous retiendrons qu'ici encore la jurisprudence déborde du cadre des règles du droit commun de la preuve en matière civile ; après s'être longtemps appuyée sur elles, elle les abandonne ; c'est le principe de la liberté des preuves en matière commerciale, qui l'emporte (23).

Quatrième catégorie d'hypothèses

Nous avons parlé d'une quatrième catégorie d'hypothèses dans laquelle il s'agit, comme précédemment, des rapports des associés et des tiers, mais où les tiers paraissent comme défendeurs, et non plus comme demandeurs. On suppose que c'est à l'associé qu'incombe la charge de la preuve. Primus, qui se prétend associé, entend faire la preuve du contrat de société contre un créancier personnel qui a saisi, par exemple, un bien social. En l'absence d'écrit, Primus peut-il recourir à d'autres modes de preuve ? C'est un premier aspect de la question. En voici un second. On suppose toujours que c'est à l'associé qu'incombe la charge de la preuve, mais il est en présence, cette fois, d'un créancier social.

(23) Les tiers dont nous nous sommes occupé ici sont, le plus souvent, des ayants cause à titre particulier des associés ou de la société, — créanciers personnels ou créanciers sociaux. Mais ce sont aussi des *penitus extranei*, l'administration de l'enregistrement, par exemple, qui bénéficie d'un régime spécial (V. WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières*, t. I, n° 342. Cf. *supra*, textes cités à notre note 21).

Primus, attaqué par un créancier social, prétend qu'il n'est pas associé. A cet effet, peut-il opposer l'absence d'écrit à son adversaire ?

Distinction entre l'administration et la constitution de la preuve

Naturellement le problème ne s'est pas posé en jurisprudence sous cette forme schématisée. Il est bien évident que, dans les faits, un lien étroit existe entre cette quatrième catégorie d'hypothèses et la précédente. Le plus souvent, à l'appui de leurs propres prétentions, les tiers — *actori incumbit probatio* — auront apporté la preuve de tel ou tel fait, de telle ou telle circonstance ; à leur tour, les associés, contestant le point de vue des tiers — *reus excipiendo fit actor* — offriront telle ou telle preuve. Remarquons, en passant, que nous assistons ici au jeu normal des règles de droit commun relatives à la charge et à l'*administration* de la preuve. Sous ce rapport, il ne viendrait à personne l'idée de contester le fonctionnement en matière commerciale du principe général de l'article 1315 C. civ. Aussi bien, là n'est pas la difficulté. Ce qui nous intéresse, c'est le fonctionnement des règles relatives à la *constitution* de la preuve. Sous ce point de vue, en effet, la question se pose de savoir s'il existe un équilibre entre la situation des associés et celle des tiers. Nous avons vu que les tiers, dans les hypothèses, tout au moins, où il ne s'agit pas de faire produire à la société, non constatée par écrit, un effet quelconque pour l'avenir, bénéficient d'une liberté complète quant à la constitution de la

preuve. Peut-on en dire autant des associés ? Fait-on la part égale aux associés contre les tiers ?

Il y a une raison de douter, peut-être même plusieurs. Lorsque la loi a prévu la rédaction d'un acte instrumentaire en matière de sociétés commerciales, a-t-elle eu en vue l'intérêt des associés ? A-t-elle entendu instituer par là une protection légale de la volonté de ceux qui s'obligent ? Etant donnée la jurisprudence que nous avons analysée, il est permis d'hésiter. En tout cas, ce qui est clair, manifeste, c'est que la loi a pris en considération l'intérêt des tiers. Or, ne pas rédiger d'acte de société, ou dissimuler celui qu'on a fait, c'est, de la part de ceux qui, sous une forme quelconque, ont manifesté la volonté de contracter et qui se conduisent comme des associés, commettre, en quelque sorte, une fraude à l'égard des tiers. Comment, dans ces conditions, les associés seraient-ils recevables à opposer aux tiers les conséquences de leur attitude négligente ou frauduleuse ? Le principe général et de bon sens *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, n'est pas loin. On a dit aussi *Fraus omnia corrumpit* (24).

Inopposabilité de la société aux tiers. Conséquence

Ce raisonnement comporte un corollaire : s'il est vrai que l'inopposabilité aux tiers de l'absence d'écrit — réelle ou apparente — repose sur le fait des associés présumés en faute à l'égard des tiers de n'avoir point observé les prescriptions de la loi relatives à la preuve

(24) V. PIC, t. I, p. 301, note 1.

écrite en matière de sociétés commerciales — étant entendu que ces dispositions légales doivent être envisagées comme essentiellement protectrices des droits et des intérêts des tiers, — si ce raisonnement est exact, l'inopposabilité ainsi justifiée doit tomber avec sa cause, dès que celle-ci disparaît elle-même. Traduisez : l'opposabilité doit réapparaître dès qu'il est établi que, sous le point de vue des conséquences possibles de l'absence d'écrit au regard des tiers, les associés ont tout fait pour sauvegarder l'intérêt de ceux-ci, c'est-à-dire, au fond, l'intérêt de leurs ayants cause. Par exemple, supposez que l'associé Primus, au lieu de faire croire à l'existence d'un acte ou de rapports imaginaires, donne, au contraire, au tiers Tertius toutes indications utiles sur la nature véritable de la société, qu'il l'éclaire sur la qualité réelle des rapports qu'il entretient avec ses coassociés, en un mot, qu'il fasse en sorte que, avant de traiter et par ses soins à lui, Primus, Tertius acquière une connaissance personnelle de la situation exacte de ses cocontractants, il paraît, dès lors, bien difficile, avec l'explication précédente, de refuser à Primus le droit d'opposer, le cas échéant, l'absence d'écrit à Tertius (Comp. Req. rej., 23 juillet 1877, S. 1877, 1, 405, en matière d'association en participation).

Lien entre les conséquences de l'absence d'écrit et les conséquences de l'absence de publicité

C'est cependant une solution différente qui prévaut. La majorité de la doctrine fait de l'inopposabilité une règle absolue. Les tiers pourront toujours prendre la

société telle qu'elle s'est révélée à eux : tantôt ils demanderont à prouver la société, tantôt ils en contesteront l'existence. Mais les associés ne seront jamais en droit de leur opposer l'absence d'écrit, ni ses conséquences. On raisonne de la façon suivante : absence d'écrit, dit-on, cela est synonyme d'absence de publicité. Une société non écrite est nécessairement une société non publiée. Or, l'article 56, alinéa 3 de la loi de 1867 dispose que la nullité pour défaut de publicité n'est pas opposable aux tiers. On fait remarquer, en outre, que l'article 7 qui donne la même solution pour la nullité dérivant d'un vice constitutif du contrat, a reproduit sur ce point, en les abrogeant, les dispositions de l'ancien article 42 C. com. et on rappelle que l'inopposabilité aux tiers de l'absence d'écrit, était précisément à l'origine de ce texte (25). Enfin, on invoque également une disposition analogue de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée (article 13). Si une société écrite, susceptible, par conséquent, d'être publiée, mais non publiée en fait, est inopposable aux tiers, par argument *a fortiori*, une société non écrite qu'il est comme telle matériellement impossible de publier, tombe de toute nécessité sous le coup de la sanction légale du défaut de publicité : le droit des tiers de l'ignorer, est absolu, intangible (26).

(25) Un amendement avait été proposé au Conseil d'Etat, dans sa séance du 15 janvier 1807, par Treilhard, tendant à déclarer l'absence d'écrit inopposable aux tiers par les associés. Cet amendement passa dans l'article 42 C. com. aujourd'hui abrogé par la loi de 1867 (V. HÉMAR, n° 139, p. 181, références note 2).

(26) Pour les auteurs qui voient dans l'acte écrit une condition de

Il est évident que l'inopposabilité, ainsi expliquée et justifiée, paralyse les associés de la façon la plus complète. S'agit-il pour eux de défendre contre un créancier personnel qui a saisi un bien social et qui prétend ignorer la société ? A supposer même que la société fût constatée par écrit, puisqu'elle n'a reçu aucune publicité, ils ne peuvent rien faire. Dans l'hypothèse d'absence d'écrit, ils ne pourront naturellement faire davantage. La question ne se pose même pas de savoir si, à défaut d'acte écrit, ils pourraient recourir à d'autres modes de preuve. Second point : s'agit-il pour les associés de défendre contre un créancier social en lui opposant l'absence d'écrit ? Ici encore, l'absence de publicité, corollaire évident de l'absence d'écrit, autorise le tiers — le créancier social — à prendre la société, non pas nécessairement telle qu'elle est, mais telle qu'elle s'est présentée à lui. C'est la solution généralement admise par les auteurs et par la jurisprudence. Nous avons vu d'ailleurs, en étudiant notre troisième catégorie d'hypo-

fond du contrat de société, en ce sens que l'absence d'écrit serait un vice constitutif contemporain de la formation dudit contrat, il est inutile de faire ainsi reposer l'inopposabilité sur la sanction du défaut de publicité ; celle-ci est, en effet, la conséquence directe des dispositions légales aux termes desquelles la nullité dérivant d'un vice constitutif du contrat n'est pas opposable aux tiers (Cf. THALLER et PERCEROU, p. 355). Cette doctrine a l'avantage de distinguer entre la sanction des vices constitutifs contemporains de la formation de la société, d'une part, et la sanction du défaut de publicité, d'autre part (Comp. Rennes, 28 août 1869, *J. tr. com.*, 1871, p. 255). Mais elle est en contradiction avec la jurisprudence constante qui, tout au moins dans les rapports des associés et des tiers, ne considère jamais l'acte écrit comme un élément constitutif, voire seulement comme une condition de forme du contrat de société (V. Bordeaux, 14 décembre 1840, D. 1841, 2, 205) (*Ibid.*, Nancy, 25 avril 1853, et Req., 9 juillet 1900, précités).

thèses, que le tiers bénéficie en pareil cas des plus larges facilités de preuve. Quant aux associés, la règle de l'inopposabilité les met, comme on l'a dit, à la discrétion absolue des tiers (27).

Nous avons ainsi passé en revue — très rapidement — les principaux problèmes soulevés par l'absence d'écrit en matière de sociétés commerciales. Rappelons que nous n'avons raisonné que sur les sociétés pour lesquelles la loi a prévu la rédaction d'un acte écrit, à l'exclusion de toutes les autres. Nous avons recherché les hypothèses précises en vue desquelles la preuve légale a été prescrite. Nous nous sommes demandé en quel sens, à quel titre, pour quelles raisons la loi commerciale qui admet ordinairement la preuve testimoniale sans limitation aucune, la prohibe dans ces hypothèses pour lui substituer un moyen de preuve plus rigoureux. Enfin, nous avons eu à examiner si ce moyen de preuve plus rigoureux que la preuve testimoniale, n'était pas précisément la preuve écrite telle que la loi civile la prévoit et la réglemente dans les articles 1341 et suiv. C. civ.

Conventions de preuve

Maintenant que nous sommes à peu près fixé sur tous ces points, nous pouvons conclure sur les conventions de preuve susceptibles d'intervenir dans les rapports des

(27) PIC, *op. cit.*, t. I, n° 241. Cette formule un peu trop tranchante n'est tout à fait exacte qu'à la condition de subir quelques atténuations. Ainsi, il nous paraît bien difficile de refuser à l'associé le droit d'opposer l'absence d'écrit au tiers dans le cas où ce dernier a eu connaissance de la situation exacte et réelle de la société.

associés entre eux ou dans les rapports des associés et des tiers. Nous passerons ensuite au droit international.

Premier point

Substitution d'un mode de preuve plus facile

Premier point. On suppose que les parties s'entendent pour substituer un mode de preuve plus facile à la preuve écrite prévue par la loi.

Rapports des associés entre eux

Raisonnons tout d'abord sur les rapports des associés entre eux. A première vue, une convention de ce genre n'a d'intérêt que dans les limites où la preuve écrite est légalement requise, et ces limites, nous avons vu qu'elles sont extrêmement restreintes. Plaçons-nous d'abord en deçà. On se souvient de la formule à laquelle nous avons abouti : la preuve écrite n'est exigée *inter partes* qu'à la double condition : 1^o que son objet porte sur des opérations juridiques proprement dites ; 2^o que ces opérations aient pour conséquence de lier les associés pour l'avenir, dans les hypothèses de maintien de la société, par opposition aux hypothèses de liquidation. Supposons cette double condition réalisée. Que vaut alors la convention de preuve ? Sa validité nous paraît au moins douteuse. En effet, étant donnés le caractère et le fondement de la jurisprudence que nous avons examinée, la preuve écrite devient, en pareil cas, absolument indispensable. Ce n'est pas une preuve écrite facultative, comme l'est, dans une large mesure, la

preuve des articles 1341 et suiv. C. civ. *Si l'acte écrit est exigé, si la preuve testimoniale est prohibée, ce n'est pas seulement comme dans les articles 1341 et suiv. C. civ., directement et exclusivement dans l'intérêt de ceux qui s'obligent, mais aussi et surtout en raison de la nature des obligations contractées et de leurs conséquences possibles vis-à-vis des tiers susceptibles de traiter ultérieurement avec ceux qui s'obligent.* Voilà, à notre avis, la seule explication possible des décisions de jurisprudence. Si l'on consent à l'admettre avec nous, par là même on reconnaîtra que les dispositions de la loi commerciale qui prévoient un acte écrit en matière de société — même au-dessous de 150 francs — se présentent avec un caractère impératif certain, indiscutable (28), et les raisons de cet impératif sont telles qu'il paraît bien impossible de substituer à la preuve écrite imposée par la loi, un mode de preuve conventionnel moins rigoureux (29).

Sortons maintenant de notre formule. Le caractère impératif de nos textes disparaît avec les raisons qui le justifiaient. La loi n'impose plus tel mode de preuve déterminé. Dès lors, les parties reprennent leur liberté quant au choix de la preuve. Les conventions du genre

(28) A notre avis, l'acte écrit demeure, malgré tout, une condition de forme et non une condition de fond du contrat de société. C'est précisément ces hypothèses que certains auteurs ont en vue, quand ils déclarent que l'acte écrit, en matière de société, est exigé non pas seulement *ad probationem*, mais bien *ad solemnitatem*.

(29) Il y a des cas où la loi est absolument formelle : quand il s'agit de l'apport d'un immeuble, d'un fonds de commerce, d'un brevet d'invention, d'un navire (V. LYON-CAEN, II, n° 21. Cf. *Journ. Soc.*, 1891, p. 241 et 1896, p. 290).

de celles qui nous occupent, doivent être, semble-t-il, pleinement autorisées, mais tout d'abord sont-elles utiles ? Il faut distinguer. Certes, on ne conçoit guère leur utilité dans les hypothèses où, par référence à l'article 109 C. com., la jurisprudence fait prévaloir le principe de la liberté des preuves en matière commerciale. Par contre, on comprend que leur intérêt pratique pourrait se révéler dans les hypothèses — nombreuses encore — où, à défaut d'acte écrit, la jurisprudence se réfère aux articles 1341 et suiv. C. civ. pour exiger, par exemple, à côté de la preuve testimoniale pure et simple, l'adminicule d'un commencement de preuve par écrit. Au fond, nous touchons là, du doigt, le véritable domaine des conventions de preuve, au sens où nous les entendons pour le moment, dans les rapports des associés entre eux. Des conventions de cette espèce, nous n'en avons pas trouvé d'exemple en jurisprudence. Elles pourraient néanmoins se révéler un jour. Quelle valeur conviendrait-il alors de leur reconnaître ?

En principe, avons-nous dit, il n'y a pas de raison d'en contester la validité. A première vue, en effet, on ne voit pas de motif à cela. Nous revenons, avec la jurisprudence, aux articles 1341 et suiv. C. civ. En réalité, le domaine de ces conventions en matière de sociétés commerciales se confond avec celui des conventions similaires en matière civile. Pourquoi refuserait-on aux unes la validité qu'on accorde aux autres ?

C'est peut-être raisonner un peu hâtivement. Sans doute, si vous assimilez d'une façon complète et absolue, quant au fond, les dispositions de la loi civile qui prohi-

bent la preuve testimoniale en général, aux dispositions correspondantes de la loi commerciale qui prohibent la preuve testimoniale en matière de sociétés ; si vous dites : lorsque la loi commerciale prévoit un acte écrit en matière de sociétés, elle ne fait une entorse au principe fondamental de la liberté de la preuve (art. 109 C. com.) que pour revenir au droit commun de la preuve en matière civile (art. 1341 et suiv. C. civ.), parce que les raisons qui justifient la prohibition de la preuve testimoniale sont les mêmes dans les deux cas ; si vous acceptez ce raisonnement, par là même vous devez reconnaître aux conventions de preuve en matière de sociétés commerciales la valeur que vous accordez aux conventions correspondantes en matière civile, puisque vous assignez aux dispositions légales auxquelles elles dérogent, les mêmes caractères et le même fondement.

Nous avons vu ce qu'il fallait penser de ce raisonnement. Il est impossible, rationnellement parlant, d'assimiler de la sorte la preuve écrite des sociétés commerciales à la preuve des articles 1341 et suiv. C. civ. Ce sont là deux institutions voisines en apparence, mais sensiblement différentes quant au fond. Dès lors, ironsons jusqu'à dire que les dispositions des articles 1347 et 1348 C. civ., lorsqu'on les applique à la preuve des sociétés commerciales, ne concernent jamais que des succédanés de la preuve écrite au sens de la loi commerciale et non au sens de la loi civile — à telle enseigne que les conventions de preuve ne sont pas plus solides dans les hypothèses des articles 1347 et 1348 C. civ. que dans les cas où la loi commerciale exige un acte écrit à l'exclu-

sion de tous autres modes de preuve ? Nous ne pensons pas que les tribunaux, s'ils avaient à se prononcer sur cette difficulté, iraient jusque-là. C'est néanmoins la seule solution conciliable avec les arrêts que nous avons précédemment examinés, avec ceux notamment qui distinguent suivant que les opérations en litige ont comme conséquence de lier les associés pour l'avenir ou seulement de liquider leurs rapports dans le passé.

Rapports des associés et des tiers

Raisonnons maintenant sur les rapports des associés et des tiers. Nous avons vu que les tiers, au moins dans les hypothèses où il s'agit de liquider dans le passé leurs rapports avec les associés, bénéficient des facilités de l'article 109 C. com. Il n'y a donc pas à parler pour eux de convention de preuve destinée à remplacer la preuve légale par une preuve conventionnelle plus facile. La question ne se pose pas. Toutefois, dans les hypothèses de maintien de la société, quand il s'agit de lier les parties pour l'avenir, nous avons vu que, sous le point de vue de la constitution de la preuve, les tiers sont dans une situation comparable à celle des associés : on revient au système général des preuves en matière civile ; l'article 109 C. com. disparaît au profit des articles 1341 et suiv. C. civ. Est-ce à dire que les conventions de preuve seront possibles entre tiers et associés, au moins dans la mesure où les articles 1341 et suiv. C. civ. eux-mêmes les autorisent ? Il suffit que nous renvoyions à ce que nous avons dit plus haut sur les conventions de preuve entre associés. Néanmoins, nous ajouterons

ici une réserve, et une réserve importante : dans les rapports des associés et des tiers, il faut songer, en effet, aux conséquences que pourrait produire sur la validité des conventions de preuve, cette notion d'inopposabilité sur laquelle nous nous sommes arrêtés un instant sans trouver d'explication vraiment décisive. Nous nous bornerons à noter, dans cet ordre d'idées, que les textes qui organisent la sanction du défaut de publicité — d'où l'on prétend tirer, à tort ou à raison, cette idée d'inopposabilité de l'absence d'écrit aux tiers — sont des dispositions dont le caractère impératif est incontestable (Cf. Ch. civ., 21 novembre 1916, S. 1916, 1, 145, note Lyon-Caen).

Deuxième point

Substitution d'un mode de preuve plus rigoureux

Nous abordons un second point. Nous en avons fini avec les conventions précédentes. Nous supposons désormais que les parties s'entendent pour substituer à la preuve prévue par la loi non plus un mode de preuve plus facile, mais un mode de preuve plus rigoureux. Que vaut une convention de ce genre ?

On sait que des conventions analogues se rencontrent en matière civile, et ce, dans deux ordres d'idées différents : tantôt il s'agit de faits purs et simples à la constatation desquels la preuve testimoniale est ordinairement réputée suffisante ; tantôt il s'agit d'opérations juridiques proprement dites à l'établissement desquelles la preuve testimoniale est exceptionnellement permise par la loi (hypothèses de l'art. 1348 C. civ. et assimilées, cf.

art. 1952 C. civ.). Nous rappelons que, sous le bénéfice de quelques réserves, la validité des conventions tendant à substituer la preuve écrite à la preuve testimoniale dans ces deux catégories d'hypothèses, semble devoir être admise (30). En est-il de même en matière de sociétés commerciales ?

Remarque

On remarquera qu'en cette matière le domaine des conventions de preuve — au sens où nous les entendons ici — est, au moins théoriquement, plus étendu qu'en matière civile. Si, en effet, les parties peuvent songer à substituer la preuve écrite à la preuve testimoniale dans les hypothèses courantes où celle-ci est normalement admissible (art. 109 C. com.) — hypothèses inconnues pratiquement en matière civile — si les parties peuvent songer à une convention analogue dans les hypothèses plus rares où la loi n'autorise la preuve testimoniale qu'à titre exceptionnel (art. 1348 C. civ.), — il ne serait pas absurde non plus de supposer une convention qui aurait pour but de renforcer en quelque sorte la preuve écrite, même dans les hypothèses où celle-ci est bien imposée par la loi, à l'exclusion de toutes les autres, mais sous une forme amoindrie, diminuée : sous la forme de l'acte sous seing privé. Quelle serait la valeur d'une convention par laquelle les parties conviendraient de faire constater la société par un acte authentique dans les hypothèses où la loi se contente d'un acte sous seing privé ?

(30) V. en matière de faits purs et simples, Req., 20 juillet 1884, S. 1885, 1, 374 ; Ch. civ., 6 août 1901, S. 1901, 1, 481, et pour l'hypothèse de l'article 1348-4° C. civ. ; Req., 10 novembre 1871, S. 1872, 1, 95.

Exemples

Construisons quelques types de ces différentes clauses. Premier exemple. Primus et Secundus font des opérations commerciales. Dans leurs rapports réciproques, comme à l'égard des tiers, ils prennent la qualité d'associés et se conduisent comme tels. On ignore si un contrat de société a été rédigé. On sait seulement qu'il existe une convention dans laquelle Primus et Secundus qui n'ont, au fond, qu'une confiance limitée l'un dans l'autre, prévoient les difficultés susceptibles de surgir entre eux à l'occasion de la liquidation éventuelle de leurs rapports passés. En conséquence, ils s'engagent réciproquement à ne jamais produire l'un contre l'autre la preuve de telle ou telle opération déterminée, que par un acte écrit valant contrat de société, et ce, à l'exclusion de tous autres modes de preuve. En d'autres termes, Primus et Secundus s'interdisent conventionnellement de prouver leurs rapports passés autrement que par un acte écrit, lors même qu'en pareil cas des preuves différentes, plus faciles, seraient légalement réputées suffisantes (art. 109 C. com. art. 1347 et 1348 C. civ.). Cette convention est-elle valable ?

Deuxième exemple. Primus, agissant au nom de la société Primus-Secundus, traite avec un créancier social Tertius, — un capitaliste attiré par l'appât d'intérêts élevés. Au cours des pourparlers, Primus fait entrevoir à Tertius la régularisation de la société à brève échéance, et la rédaction prochaine des statuts. En conséquence, il impose à Tertius, qui accepte, de produire un acte écrit

à l'appui de sa créance, et ce, à l'exclusion de tous autres modes de preuve. Précisons : Tertius qui ne peut, par hypothèse, établir sa créance qu'en rapportant la preuve de la société, s'interdit conventionnellement de faire cette preuve autrement que par un acte écrit valant contrat de société, et ce, par dérogation aux prescriptions légales relatives à la constitution de la preuve, tant en matière civile qu'en matière commerciale (art. 190 C. com., art. 1347 et 1348 C. civ.).

Ces deux exemples se rejoignent par un premier trait commun. Dans les deux cas, en effet, nous sommes en présence d'un débiteur — Primus (exemple n° 1), la société (exemple n° 2) — qui désire s'assurer que la preuve du droit de créance ne soit jamais faite contre lui que par la représentation d'un titre : l'acte de société. Or, il y a des débiteurs qui ne s'engagent ainsi qu'envers le porteur d'un titre déterminé. Il y a des hypothèses où le titre est à ce point nécessaire qu'on a pu dire que le droit de créance en venait à se confondre avec lui (théorie de l'incorporation de la créance dans le titre). On a reconnu la théorie du titre mobilier au porteur. Eh bien, complétons les données de nos exemples.

Théorie du titre au porteur

Imaginons que la société Primus-Secundus soit une société par actions, que Primus et Secundus soient des actionnaires, Tertius, un obligataire. Ne raisonnons que sur des titres au porteur. Pouvons-nous argumenter de la validité du titre au porteur, telle qu'elle est reconnue en jurisprudence, depuis longtemps d'ailleurs (Ch. civ.

10 novembre 1829, 'Sir. chron.), en faveur de la validité de clauses identiques à celles que nous supposons dans nos deux hypothèses (31) ? Au premier abord, cela ne paraît pas impossible. Il ne serait pas déraisonnable, semble-t-il, d'apprécier la valeur de ces clauses de renonciation à l'article 109 C. com. et aux articles 1347 et 1348 C. civ. par rapport à la notion même du titre au porteur qui paraît impliquer, au moins à première vue, une renonciation du même genre.

Il n'y a là qu'une apparence et, si séduisante que soit la comparaison, il faut, croyons-nous, la rejeter. Voici pourquoi. Outre qu'on pourrait s'appuyer sur ce que l'étendue de la renonciation est différente dans les deux cas (32), on doit encore tenir compte de trois arguments qui, à notre avis, ne sont pas négligeables. En effet :

1° Sans doute, la société par actions, débitrice envers ses actionnaires ou envers ses obligataires, peut exiger de ces créanciers la représentation de leur titre : l'action ou

(31) Une jurisprudence constante reconnaît que dans les sociétés de capitaux l'action en nullité peut être réglementée, au moins dans une certaine mesure, par les statuts (clause dite de préavis. Cpr. Paris, 16 février 1911, S. 1911, 2, 193, note WAHL). Les statuts pourraient-ils aussi contenir une clause relative aux moyens de preuve laissés à la disposition du détenteur de l'action en nullité ? Que vaudrait, par exemple, une clause aux termes de laquelle les actionnaires s'engageraient, en cas de difficulté, à ne jamais rapporter la preuve de la société « que par un acte écrit, à l'exclusion de tous autres modes de preuve » ?

(32) En matière de titre au porteur, la renonciation à l'article 1348-4° C. civ. est certaine, mais elle ne vaut que pour l'hypothèse de la perte du titre et elle n'implique en aucune façon une renonciation générale et complète à invoquer l'article 109 C. com. Indépendamment de sa qualité de créancier qu'il ne peut prouver, en principe, qu'à l'aide du titre, l'actionnaire, s'il y a intérêt, a le droit de rapporter la preuve de telle ou telle clause des statuts, de telle ou telle décision d'assemblée, etc., et ce, conformément aux règles du droit commun de la preuve, confor-

l'obligation. Mais ce titre n'est pas nécessairement l'acte de société, comme nous l'avons supposé dans nos deux hypothèses (33).

2° En matière de titres au porteur, la société de capitaux s'engage envers le porteur du titre, quel qu'il soit. Dans nos deux hypothèses, au contraire, nous avons supposé qu'il s'agissait d'un créancier et d'un débiteur déterminés. De plus, ni l'un ni l'autre ne changent entre la date à laquelle la créance est née et la date à laquelle l'obligation doit être exécutée. Ce changement est courant pour le titre au porteur.

3° La réglementation du titre au porteur forme, dans notre législation, un ensemble de dispositions de caractère impératif à peu près incontestable (loi du 15 juin 1872, modifiée et complétée par la loi du 8 février 1902). Il paraît difficile, par conséquent, de l'étendre à des hypothèses pour lesquelles elle n'a pas été faite.

Bornons-nous à ces quelques indications sur le titre au porteur. Revenons au problème général. Revenons à la difficulté soulevée par nos deux exemples, en les prenant tels que nous les avons présentés tout d'abord. Nos clauses

mément aux dispositions de l'article 109 C. com. s'il s'agit de matières commerciales. V. à cet égard, un très intéressant arrêt de la Chambre des requêtes, qui, en ce qui concerne le paiement du solde d'actions partiellement libérées, permet à l'actionnaire de recourir aux règles de preuve du droit commercial (Req. rej., 25 octobre 1899, S. 1900, 1, 65, note LYON-CAEN). Même solution pour la preuve de la souscription d'actions (Lismoges, 2 juillet 1897, sous Cass., 7 novembre 1899, S. 1901, 1, 513).

(33) Pratiquement, d'ailleurs, le titre au porteur ne contient, le plus souvent, que des extraits des statuts. En dehors des hypothèses de perte, il peut donc se rencontrer des circonstances où le créancier soit obligé de rapporter la preuve de telle ou telle disposition du pacte social, autrement que par la production de son titre.

commerciales sont-elles donc à ce point différentes des clauses civiles correspondantes qu'il faille à la fois reconnaître la pleine validité de celles-ci et refuser leur plein effet à celles-là ?

Solution proposée

Pour notre part, nous serions disposé à raisonner de la façon suivante. Si, comme nous l'avons vu, la preuve testimoniale n'est admise, sans limitation, sur le terrain civil, que pour la constatation des faits purs et simples, par contre, sur le terrain commercial, la jurisprudence l'admet couramment pour l'établissement d'opérations juridiques proprement dites. C'est ce que nous avons traduit en remarquant que le domaine des exceptions légales au principe de la prohibition de la preuve par témoins en matière de sociétés commerciales, est plus large, plus étendu que celui des exceptions correspondantes en matière civile. D'où cette conséquence que les clauses qui auraient pour objet de déroger conventionnellement à ces exceptions légales, n'ont pas, elles non plus, chacune dans leur domaine respectif, nécessairement la même portée ni peut-être les mêmes effets. Ici s'amorce une objection sérieuse contre la méthode qui prétendrait tirer de la validité de certaines clauses civiles des arguments en faveur de nos clauses commerciales.

Mais voici ce qu'on peut répondre : puisque nous raisonnons sur des opérations conventionnelles, on ne niera pas qu'il dépend de la volonté des parties de n'attribuer à leur convention que la portée qu'elles veulent bien lui donner. — Soit. — Eh bien, supposons que les parties aient

pris soin d'employer certaines précautions, d'apporter quelques précisions utiles dans la rédaction de leur clause ; on pourrait alors parfaitement ramener la clause commerciale dont il s'agit à la mesure de la clause civile correspondante. Si cette clause civile est valable, pourquoi, pareillement, la clause commerciale ne le serait-elle pas ? Exemple : on sait qu'à la condition de raisonner seulement sur des faits purs et simples, la substitution conventionnelle de la preuve écrite à la preuve testimoniale est pleinement valable en matière civile. Pourquoi, s'agissant toujours de faits purs et simples, pareille convention serait-elle impossible en matière commerciale ?

Nous hésitons encore. Même ainsi réduites à leur plus simple expression, — si nous pouvons parler de la sorte — ces clauses commerciales ne nous paraissent pas d'une solidité à toute épreuve. Les raisons que nous avons de douter sont les mêmes que nous exposons plus haut à propos des conventions inverses tendant à éluder les exigences de la loi en matière de preuve (substitution de la preuve testimoniale à la preuve écrite).

Conclusion

Résumons rapidement. Nous avons vu comment on pouvait interpréter la jurisprudence qui écarte les textes du Code de commerce ou de la loi de 1867 exigeant un acte écrit, pour revenir à la preuve testimoniale. Nous raisonnons sur un contrat : le contrat de société commerciale.

Première idée : ce contrat obéit aux règles du droit commun sur la formation des contrats en général. Consé-

quence : les parties sont libres de choisir tel ou tel mode de preuve comme elles sont libres de déterminer les formes de leurs conventions. Principe : les conventions sur la preuve sont possibles.

Deuxième idée : ce contrat obéit à des règles qui lui sont propres. La plupart s'inspirent de l'intérêt des ayants cause à titre particulier des associés envisagés individuellement ou collectivement, selon les hypothèses. La loi a entendu protéger par des prescriptions spéciales, impératives, les droits des ayants cause à titre particulier des associés (créanciers personnels) ou de la société (créanciers sociaux), voire les prérogatives de certains intéressés (administration de l'enregistrement, ministère public). Conséquence : les parties sont libres de choisir tel ou tel mode de preuve sous réserve des intérêts ou des droits de certaines personnes bénéficiant d'une protection légale impérative. Première limitation au principe de la validité des conventions de preuve : les conventions de preuve sont possibles mais elles sont inopposables à certains tiers limitativement déterminés par la loi.

Faut-il aller plus loin, et ajouter :

Troisième idée : parmi les règles propres au contrat de société commerciale, il en est une qui dérive de la nature même de ce contrat, à savoir que l'acte écrit est imposé par la loi tant dans l'intérêt de ceux qui traitent ou ont traité avec les associés ou avec la société, que dans l'intérêt des *penitus extranei*, c'est-à-dire de tous ceux qui pourraient éventuellement traiter avec celle-ci ou avec ceux-là. Traduisez : les parties sont libres de choisir

conventionnellement tel ou tel mode de preuve, mais dans la mesure seulement où cette convention n'aurait pas pour but ou pour effet de prolonger, directement ou indirectement, une situation dangereuse pour le crédit public. Traduisez encore : les conventions de preuve sont possibles entre les parties, mais elles ne sont valables que dans la mesure où elles s'appliquent à la liquidation de leurs rapports passés ; elles ne sauraient avoir aucun effet quant au maintien de leurs obligations dans l'avenir.

Doit-on accepter cette dernière formule, un peu flottante dans son principe sinon dans ses conséquences ? Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point. A cet égard, nous renvoyons à nos développements antérieurs.

Acte authentique

Un mot enfin sur la convention aux termes de laquelle les parties s'engageraient à faire constater la société par un acte authentique, dans les hypothèses où la loi se contente d'un acte sous seing privé. A notre avis, si l'on se borne à la présenter ainsi, cette convention est liée au sort des précédentes. Tout ce que nous venons de dire s'applique en effet à l'acte écrit quel qu'il soit, qu'il s'agisse d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. L'intérêt de la distinction n'apparaît que si l'on raisonne sur une convention ayant pour objet de substituer l'acte authentique à l'acte sous seing privé dans les hypothèses strictement limitées où la jurisprudence fait de l'acte écrit un mode de preuve nécessaire. Autrement dit, on suppose que les parties conviennent d'exiger un acte authentique dans les hypothèses où la loi considère

l'acte sous seing privé comme un mode de preuve nécessaire et suffisant — et dans ces hypothèses-là seulement. Exemple : plusieurs personnes ont déjà jeté — de façon plus ou moins ferme — les bases d'une société. D'après la loi, un acte sous seing privé suffirait. Néanmoins, pour obtenir des garanties meilleures dans la constatation et dans l'établissement de leurs obligations futures, elles conviennent d'aller devant notaire. Quelle est la valeur de cet engagement ?

Jurisprudence

A notre connaissance, la question ne s'est posée qu'une fois devant les tribunaux (Bourges, 2 juin 1821, Sir. chron.). Encore la Cour de Bourges ne s'est-elle prononcée que sur les conséquences de fond de la convention (34) ; elle n'a pas eu à examiner la mesure de sa force obligatoire quant à la preuve. Si les parties s'exprimaient nettement et clairement sur ce point, si elles marquaient fermement leur volonté d'exiger un acte authentique pour la preuve de leurs rapports réciproques, et ce, dans les hypothèses où la loi impose un acte sous seing privé, et dans ces hypothèses-là seulement, — où seraient alors les raisons de refuser la validité d'une pareille convention ? Nous n'en apercevons aucune. Ici, l'intérêt des tiers n'entre plus en jeu (35). Seul l'intérêt des parties est

(34) Elle a examiné le point de savoir si la convention valait promesse de société. Sur cette question, v. note LABBÉ, sous Toulouse, 22 juin 1872, S. 1873, 2, 169.

(35) On remarquera que si la loi de 1867 a réputé l'acte sous seing privé suffisant, elle a maintenu néanmoins l'obligation de recourir au notaire pour la déclaration de souscription et de versement. On sait que cette déclaration est imposée au gérant de la société en commandite

en cause. Ce sont des personnes qui s'obligent et qui entendent, à cette occasion, entourer l'expression de leur consentement d'une protection et de garanties plus grandes, plus efficaces que la protection légale. Les en empêcher, ce serait méconnaître le principe de la liberté de contracter.

**Conventions contemporaines du litige.
Jurisprudence**

Nous aurions à étudier maintenant les conventions susceptibles d'intervenir, non plus antérieurement au litige comme nous l'avons toujours supposé jusqu'ici, mais en justice, au cours même du procès. Les conventions de cette espèce sont rares. Nous ne relevons qu'un arrêt de la Chambre des requêtes (Cass., 9 juillet 1900, S. 1903, 1, 223) qui n'est d'ailleurs pas très probant. Il s'agissait d'une société commerciale établie au Tonkin. Le fait, de la part des associés, d'avoir participé à certaines opérations ordonnées par les juges de première instance (enquête et contre-enquête) semble bien avoir été interprété par les magistrats de la Cour suprême comme une renonciation implicite au droit d'invoquer en appel la prohibition de la preuve testimoniale. L'arrêt se place uniquement sur le terrain du droit commun de la preuve en matière civile (art. 1348 C. civ.). Il paraît, dans ces

par actions et aux fondateurs de la société anonyme qui certifient par acte notarié que l'intégralité du capital a été souscrite et le quart au moins versé par chaque actionnaire (article 1-3° de la loi de 1867). Les tiers trouvent une garantie efficace dans le droit de demander la dissolution de la société pour absence de déclaration ou déclaration inexacte (Cf. Toulouse, 22 juillet 1891, Req. rej., 30 janvier 1893, D. 1893, 1, 224, S. 1897, 1, 493).

conditions, assez difficile d'en tirer un argument en faveur de la possibilité de conventions analogues sur le terrain propre du droit commercial (art. 109 C. com.) (Comp. toujours en matière civile, Cass., 12 décembre 1894, S. 1896, 1, 183).

Jusqu'à présent nous avons étudié, dans ses rapports avec la loi commerciale ou avec la loi civile, le système de preuve applicable aux contrats de société commerciale passés en France suivant les formes de la loi française. Nous avons supposé que ces formes étaient plus ou moins modifiées, plus ou moins altérées par la volonté des parties. Nous avons vu les conséquences qui en résultaient quant à la preuve. A ces difficultés de droit interne se révèlent des difficultés correspondantes en droit international.

Droit international. Conflit des lois

Sous le point de vue du conflit des lois, la question que nous avons à résoudre, est, en effet, la suivante : quel est le système de preuve applicable, en France, devant les tribunaux français, aux contrats de société commerciale passés à l'étranger suivant les formes de la loi étrangère ?

Première observation. Il est entendu que nous laisserons entièrement de côté les règles sur l'administration de la preuve qui dépendent, comme on sait, de la *lex fori*, pour ne retenir que les difficultés relatives à la constitution de la preuve.

Seconde observation. On remarquera que le problème, tel que nous venons de le présenter, reste étranger,

au moins à première vue, à la grosse controverse qui s'est élevée entre les internationalistes sur la détermination de la nationalité des sociétés commerciales. La nationalité est-elle déterminée par la loi du lieu de la principale exploitation, ou par la loi du lieu du siège social ? Ou encore : dans quelle mesure la nationalité d'une société peut-elle dépendre de la nationalité des associés (36) ?

Si nous mettons toutes ces complications à part, la question qui se pose, paraît, au premier abord, assez simple. Il suffit d'appliquer les principes généraux du droit international privé.

Application de la règle « *locus regit actum* »

Nous sommes en matière de constitution de la preuve. C'est la loi du lieu où l'acte juridique a été passé, qui décide à la fois de la validité de cet acte en la forme, et de la possibilité de la preuve. Voilà qui est absolument certain (V. arrêt de principe, Ch. civ., 24 août 1880, précité, et les références de notre note 1). Par conséquent, *locus regit actum* (37). Le juge français saisi d'un litige relatif à un contrat de société passé en Angleterre,

(36) AUBRY et RAU, § 379, note 8 *quatuordecies* ; A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, 1914, et *Traité*, n° 732 et suiv. ; GAIN, *La nationalité des sociétés avant et après la guerre*, Paris, 1924 ; LEVEN, *La nationalité des sociétés*, Paris 1926 ; Marcel CUQ, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, 1922 ; J.-P. NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* (Extrait de la *Rev. Dr. int. priv.*, 1927, n° 3).

(37) L'application de la règle *locus regit actum* soulève également des difficultés en matière commerciale pour les actes comme la lettre de change, le billet à ordre ou le chèque, appelés à circuler dans divers pays (V. LYON-CAEN, IV, n° 624).

appliquera aux formes et à la preuve de ce contrat, la loi anglaise ; aux formes et à la preuve d'un contrat conclu en Espagne, il appliquera la loi espagnole, etc... (38). Que la société commerciale ait été contractée dans un pays où la preuve du contrat de société peut se faire par tous moyens — en Allemagne, par exemple (art. 105-2° C. civ. allemand), — c'est à cette preuve de la loi étrangère que le juge français devra se référer, et non à la preuve plus rigoureuse de la loi française. Plus exactement, si les parties s'en rapportent au système de preuve de la loi étrangère, le juge français ne pourra pas leur imposer le système plus rigoureux de la loi française.

Voilà le principe. Il est extrêmement simple. Apparaissent maintenant les difficultés.

Jurisprudence

La règle *locus regit actum* nous conduit, comme nous venons de le constater, à l'application logique de la loi du lieu où le contrat a été passé, c'est-à-dire à la compétence de la loi du pays où la société s'est constituée (39). Or, aux termes d'une jurisprudence constante, il y a des sociétés constituées à l'étranger qui échappent néanmoins à la loi du lieu de leur constitution parce que le juge français a telle ou telle raison de les considérer comme des sociétés françaises, de les qualifier sociétés françaises et de leur appliquer en conséquence la loi

(38) AUBRY et RAU, § 31, texte et note 77 ; LYON-CAEN, III, n° 88.

(39) Compétence de la loi du lieu de fondation. Cf. PILLET, *Traité*, I, n° 252.

française (40). Inversement, il y a des sociétés qui ont pu être constituées en France et qui échappent cependant à la loi française parce que le juge français a telle ou telle raison de les considérer comme des sociétés étrangères (41) et de leur appliquer, comme telles, une loi différente... Laquelle ? La loi nationale de la société envisagée non plus comme un contrat mais comme une personne. Voici le raisonnement : en droit interne, la société est un contrat ; c'est aussi, le plus souvent, une personne civile. Or, l'article 3, § 3 C. civ. ne distingue pas les personnes physiques des personnes civiles. Il s'applique indistinctement aux unes et aux autres. Conséquence : les sociétés françaises douées de la personnalité civile ont leur statut régi à l'étranger par la loi française et, pareillement, les personnes civiles étrangères transportent en France leur statut personnel étranger (Cf. Paris, 26 mars 1891, sous Cass., 12 juillet 1893, S. 1895, 1, 443). Ce droit, pour les sociétés commerciales étrangères — les seules qui nous occupent ici — d'invoquer, à l'instar des individus étrangers, leur statut personnel en dehors de l'Etat dont elles empruntent la nationalité, a été sanctionné à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Une condition suffit : que la société étrangère qui invoque sa loi nationale, prouve qu'elle est revêtue de la personnalité civile (V. not. Req., 17 juillet 1899, D. 1904, 1, 225 et note Pic, sous Paris,

(40) Cf. Trib. com. Seine, 27 août 1891, Clunet, 1891, p. 1241. Trib. com. Seine, 2 juillet 1912, D. 1913, 2, 165, Clunet, 1913, p. 1273.

(41) Cf. Req., 17 juillet 1899, *infra*, et Aix, 6 juillet 1908, *Rev. dr. int. priv.*, 1909, p. 882.

10 février 1904, D. 1909, 2, 227) (42). La jurisprudence a suivi ici le vœu du Congrès international des sociétés par actions, réuni à Paris en 1889, qui demandait que les questions relatives à la constitution d'une société étrangère, à sa forme, à son fonctionnement, à la responsabilité de ses organes, fussent résolues d'après la loi nationale de cette société (43).

Critique

Que doit-on penser de ces solutions ? Pour ne point sortir des limites que nous nous sommes assignées et à nous en tenir au seul domaine des formes et de la preuve, est-il donc indispensable, afin de résoudre la question si simple que nous posions au début des présents développements, d'abandonner ainsi les principes généraux dont relève la matière des contrats pour suivre la jurisprudence sur ce terrain incontestablement très différent et, en dernière analyse, assez incertain, des lois d'état et de capacité ? Indépendamment des critiques que soulève, à bon droit, semble-t-il, cette assimilation qu'on prétend faire des personnes civiles aux personnes physiques, sous le point de vue de l'application de l'article 3, § 3 C. civ. ; indépendamment des objections que soulève l'attribution d'un statut personnel, d'une *nationalité* (44)

(42) *Ibid.*, Cass., 12 juillet 1893, Clunet, 1893, p. 1204. V. *infra*, note 44.

(43) Compte rendu sténographique, p. 238.

(44) On a été jusqu'à parler de *loi nationale* de la société, dans des hypothèses où le groupement dont il s'agissait, n'était même pas revêtu d'une individualité juridique quelconque par sa prétendue loi d'origine. V. par exemple, pour les *partnerships* anglaises, Douai, 1^{er} décembre 1880, Clunet, 1882, p. 317.

à une personne fictive, de création artificielle, à qui ne s'imposent ni les devoirs ni les obligations qui justifient ordinairement le lien rattachant les personnes physiques à telle souveraineté déterminée (45); bref, toutes ces difficultés mises à part, il reste encore plusieurs points à éclaircir. L'un d'eux s'impose plus spécialement à notre attention. Nous allons prendre les solutions de la jurisprudence, telles qu'elles se présentent à nous dans les arrêts, et, sans en discuter la teneur, dans un essai de construction que nous soumettons à l'approbation de ceux qui nous lisent, nous verrons s'il est possible de les inscrire ou, si l'on préfère, de les replacer dans le cadre des règles normalement applicables aux formes et à la preuve des contrats en droit international privé.

Analyse de la règle « *locus regit actum* »

Auparavant, il convient d'être bien fixé sur la justification, les caractères, le fonctionnement de la règle *locus regit actum* dans la matière du conflit des lois. C'est sur ce point capital que doivent porter nos premières observations.

Il est de doctrine courante, chez les civilistes, d'établir, en droit interne, une séparation radicale entre les dispositions de preuve et les dispositions de forme. Il est vain, dit-on, de tenter un rapprochement quelconque entre des dispositions de caractères aussi nettement opposés. Néanmoins, au seuil même du présent chapitre, nous

(45) PILLET, *op. cit.*, n^{os} 72 *bis* et suiv.

avons adopté, quant à nous, l'opinion contraire. Le moment est venu de nous en expliquer.

Assimilation des dispositions de preuve aux dispositions de forme
en matière civile

En rappelant précédemment les caractéristiques de la preuve en matière civile (art. 1341 et suiv.), nous disions : si la loi civile prohibe la preuve testimoniale au-dessus d'un certain chiffre, ce n'est pas en raison de l'insuffisance morale des témoins, mais bien plutôt par défiance à l'égard de leur sincérité intellectuelle. C'est parce qu'elle craignait l'infidélité involontaire de la mémoire des témoins, que la loi civile a imposé une preuve antérieure au litige : une preuve préconstituée. Ceci posé, il faut bien reconnaître que la loi n'avait pas de motif d'accorder à la mémoire des parties elles-mêmes plus de crédit qu'elle n'en accordait à celle des témoins. Les dispositions sur la preuve préconstituée nous apparaissent, en conséquence, comme établies par la loi aussi bien dans l'intérêt de la sincérité du consentement des parties que dans l'intérêt de la sincérité intellectuelle des témoins. C'est pour obliger indirectement les parties à préciser leur pensée, que la loi civile a imposé tel mode de preuve plutôt que tel autre.

Assimilation des dispositions de preuve aux dispositions
de forme en matière commerciale

Pouvons-nous transporter ce raisonnement à la matière des sociétés commerciales ? Parfaitement. Sans doute, nous avons vu qu'il y avait, dans la notion de

preuve écrite en cette matière, des éléments que nous ne rencontrons pas en matière civile. Ces éléments nouveaux, inhérents à la nature du contrat de société commerciale et à ses conséquences possibles à l'égard des tiers, expliquent certaines solutions particulières de la jurisprudence. Est-ce à dire qu'ils sont exclusifs, sur le terrain commercial, d'un raisonnement analogue à celui que nous venons d'appliquer à la notion de preuve préconstituée en matière civile ? En aucune façon. Si nous nous plaçons dans les hypothèses où la preuve écrite est exigée en matière de sociétés commerciales, — et ce, à l'exclusion de tout autre genre de preuve, — la preuve écrite nous apparaît bien, là aussi, comme une preuve préconstituée. La loi commerciale qui admet couramment la preuve testimoniale, s'en est exceptionnellement défiée. Elle s'en est défiée à tel point qu'elle n'a même pas jugé opportun d'imiter la loi civile en fixant un taux au-dessous duquel les témoins seraient relevés de la présomption d'insuffisance intellectuelle dont ils sont frappés. Voilà pour les témoins. Quant aux parties elles-mêmes, s'il est un contrat à l'établissement duquel leur seule mémoire ne suffirait pas, c'est bien le contrat de société, avec ses clauses multiples, avec les difficultés de toutes sortes que le pacte social doit prévoir et régler de façon souvent fort minutieuse. Par conséquent, si la loi commerciale a imposé ici la preuve écrite à l'exclusion de la preuve testimoniale, c'est — entre autres motifs — pour obliger indirectement les parties à donner à leur consentement une forme précise, digne de la protection légale.

Conclusion

On est ainsi amené à cette idée que, sous le point de vue qui nous occupe actuellement, il n'y a pas à distinguer entre la loi civile et la loi commerciale. Ici et là, les dispositions de preuve jouent un rôle comparable à celui des dispositions de forme. Pourquoi ? Parce que les dispositions de preuve comme les dispositions de forme n'établissent autre chose que des procédés d'expression du consentement.

Si les dispositions de preuve et les dispositions de forme se touchent d'aussi près en droit interne, il n'est pas étonnant qu'elles relèvent, en droit international, d'une même loi. Laquelle ? On répond : la loi locale, par application de la règle *locus regit actum*. — Oui, mais en quel sens, à quel titre la loi locale intervient-elle ? C'est ce qu'il est indispensable d'indiquer.

Caractère facultatif de la règle « *locus regit actum* »
Conséquences

Pendant longtemps, il s'est trouvé des jurisconsultes pour affirmer que la règle *locus regit actum* présentait un caractère impératif certain, indiscutable. Nous savons que la Chambre civile en a décidé autrement. Aujourd'hui, la compétence de la loi locale est seulement facultative. Ce point ne fait plus de doute pour personne (46). Evidemment, il ne servirait de rien de le

(46) Il n'y avait d'ailleurs guère moyen d'expliquer autrement la disposition de l'article 999 C. civ. Cf. Douai, 13 janvier 1887, Clunet, 1887, p. 57. — Et. BARTIN, *Cours de droit international privé* à la Faculté de droit de Paris, 1926-1927, p. 198 et suiv.

poser si nous n'en tirions immédiatement toutes les conséquences. Admettre ainsi le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, c'est reconnaître par là même qu'une autre loi que la loi locale, est la loi normalement compétente. Cette autre loi, quelle est-elle ? Etant donnée l'interprétation que nous avons adoptée des dispositions de preuve et des dispositions de forme en droit interne, nous n'éprouvons aucune peine à répondre. Qu'il s'agisse des règles de forme ou des règles de preuve, nous sommes toujours en présence de procédés destinés à assurer la valeur du consentement des personnes qui s'obligent. Or, en matière de consentement comme en matière de capacité d'agir, la loi rationnellement compétente, la loi normalement applicable, c'est la *loi nationale* des parties.

Transportons aussitôt cette argumentation aux formes et à la preuve des sociétés commerciales. Nous dirons : les formes et la preuve du contrat de société commerciale dépendent normalement et rationnellement de la loi nationale des parties, c'est-à-dire de la loi nationale des associés. Toutefois, pour des raisons que nous allons déterminer, dans telle ou telle circonstance à préciser, la loi nationale s'efface devant la loi locale.

Il y a, en effet, des hypothèses où l'application de la loi nationale devient pratiquement impossible. Force est alors de l'abandonner pour la loi locale. A cet égard, le droit civil nous offre un certain nombre d'exemples. Les Français en pays étranger ne peuvent pas toujours se marier devant le consul français dans les formes de la loi française ; ils s'adresseront aux autorités locales pour

être mariés selon les formes de la loi locale. Ici, c'est à une impossibilité *de droit* que se heurte l'application de la loi nationale (art. 170 C. civ.). En effet, les autorités locales ne seraient pas compétentes pour marier les futurs époux selon les formes de leur loi nationale. Autre exemple : des Français en pays étranger s'adressent à un homme d'affaires pour la rédaction d'un acte sous seing privé. Celui-ci connaît la loi locale ; il ignore la loi française. Il y aurait une impossibilité *de fait* à recourir à la loi nationale des parties ; on appliquera, en conséquence, la loi locale.

Dans toutes ces hypothèses, — il ne faut pas s'y tromper, — si la *lex loci actus* fournit la solution du conflit, c'est seulement à titre de substitut de la loi nationale — la seule normalement compétente — et en vertu d'une *délégation* présumée de celle-ci. Cette dernière idée s'explique d'elle-même : si les parties ont pu choisir la loi locale, c'est que leur loi personnelle — la seule rationnellement applicable — le leur a permis, au moins implicitement. On sait quels intérêts s'attachent à cette proposition, sur le terrain civil (47).

Conclusion

De l'analyse rapide à laquelle nous venons de procéder, il convient de dégager les principaux corollaires. Il se

(47) Pour expliquer notamment l'interdiction faite aux parties, dans certaines hypothèses, de combiner les dispositions de la loi locale avec celles de leur loi personnelle. AUBRY et RAU, § 468, note 23. Paris, 3 juin 1878, Clunet, 1878, p. 813 ; Paris, 3 août 1898, Clunet, 1898, p. 1080. Pareille combinaison serait-elle possible en matière de société ? En faveur de l'affirmative, v. Cass., 17 juillet 1897, *Gaz. trib.*, 31 octobre 1899.

pourrait que, pour des motifs parfois très différents, la loi locale demeurât complètement incompétente, la loi nationale de la personne qui s'oblige, reprenant alors tout son empire. Par exemple, l'impossibilité de droit ou de fait à laquelle se heurtait l'application de la loi nationale et qui justifiait du même coup l'application de la loi locale, a disparu. Dans ces conditions, il est logique que la loi personnelle réapparaisse. Pareillement, on suppose que les formalités sur lesquelles on raisonne, n'ont plus le caractère de dispositions relatives à l'expression du consentement ; nous sortons alors de la règle *locus regit actum*. Il s'agit, par exemple, des dispositions relatives à l'aliénation des biens de l'incapable. Des formalités spéciales sont prescrites dans un but de protection du mineur et pour le garantir des conséquences de son incapacité. C'est la loi nationale de l'incapable qui sera compétente. Ici, non seulement on ne peut plus dire qu'il y a délégation présumée de la loi nationale en faveur de la loi locale, mais il faut encore aller plus loin : il n'a jamais été et il ne saurait être question de la loi locale, parce qu'il s'agit, par hypothèse, de dispositions étrangères à l'expression de la volonté et du consentement (48).

Enfin, — est-il besoin de l'ajouter ? — la loi locale pourrait s'effacer devant la loi nationale ou, au contraire,

(48) Ces hypothèses doivent être distinguées avec soin des précédentes. Malheureusement, il est assez souvent très délicat de faire le départ entre ce qui touche au fond du droit et ce qui ne relève que de la forme extérieure des actes. Comme exemple de ces difficultés, v. l'interprétation de l'article 968 C. civ. à propos du testament conjonctif. Caen, 22 mai 1850, S. 1852, 2, 566.

s'imposer à l'exclusion complète de cette dernière, si, pour des raisons d'ordre public international, la personne qui s'oblige, perdait exceptionnellement toute liberté quant au choix qu'il lui est ordinairement permis d'exercer entre ces deux lois. Ainsi, telles mesures ont été prises dans l'intérêt du cocontractant français, par la loi française. Celle-ci, considérée comme loi locale, s'imposera au contractant étranger, à l'exclusion de sa loi nationale qui serait normalement compétente, mais qui ne l'est jamais, en France, que sous réserve des dispositions d'ordre public international de la loi française. Dans le même ordre d'idées, et inversement, il se pourrait que la loi française considérée comme loi personnelle, s'imposât au contractant français, à l'exclusion de la loi locale étrangère qui, d'après les principes, serait cependant compétente (*locus regit actum*), parce que le juge français n'applique jamais que son système de droit international, avec toutes les réserves que celui-ci comporte à l'égard de l'application en France de la loi étrangère (qualifications, fraude à la loi) (49).

Maintenant que nous avons pris nettement position sur les caractères de l'application de la loi locale à la forme et à la preuve des actes en droit international privé, revenons à notre point de départ : quel est le système de preuve applicable, en France, devant les tribunaux français, aux contrats de sociétés commerciales passés à l'étranger suivant les formes de la loi

(49) Sur les caractères de l'application de la loi étrangère en France, v. note BARTIN, sous Ch. civ., 17 janvier 1899, D. 1899, 1, 329.

étrangère ? Réponse : *locus regit actum* ; le système de preuve applicable est, en principe, celui de la loi étrangère considérée comme loi locale, intervenant, par conséquent, à titre de substitut de la loi nationale des parties, et en vertu d'une délégation présumée de celle-ci. Toutefois, ce principe ne doit être accepté que : 1^o à la condition de préciser ce qu'il faut entendre ici par loi locale, et 2^o sous réserve des raisons légitimes que le juge français peut avoir de substituer, le cas échéant, la loi française à la loi étrangère normalement compétente.

Premier point

Que faut-il entendre par loi locale ?

Premier point. Que faut-il entendre au juste par loi locale ? Nous raisonnons et ne pouvons raisonner que sur des dispositions relatives à l'expression du consentement. Nous entendrons donc par loi locale la loi du lieu où les pourparlers se sont transformés en un consentement juridique proprement dit. Mais à quel moment précis cette transformation s'opère-t-elle ? A notre avis, là est tout le problème. Là aussi est le nœud de toutes les difficultés. Il n'est pourtant pas impossible d'en sortir, surtout si l'on ne perd pas de vue l'analyse et les données fondamentales que nous exposions, il y a un instant.

S'agit-il d'un contrat de réalisation, de perfection simple, comme la société en commandite par intérêt ou la société en nom collectif ? Les sociétés de ce genre, conclues *intuitu personæ*, seront généralement parfaites en une seule fois. Une seule opération suffira aux parties pour revêtir leur consentement des formes dignes de la

protection légale (50). Le plus souvent, les contractants contribuent personnellement à la rédaction de l'acte. D'autre part, la loi ne les contraint pas à l'accomplissement de formalités variées, longues ou minutieuses. Des signatures, et tous les éléments nécessaires à la formation du contrat, sont réunis. Tout s'est passé en un lieu unique qui est à la fois celui de la signature du contrat et celui de la fondation de la société (51). En pareil cas, par conséquent, aucune difficulté. Le juge, s'il a cru, en la circonstance, pouvoir faire appel au fonctionnement de la règle *locus regit actum*, n'éprouvera aucun embarras à déterminer la loi locale : il n'a pas à choisir ; elle s'impose d'elle-même à son attention.

Sociétés par actions

La question est beaucoup plus complexe quand on aborde les sociétés par actions. L'hésitation est alors permise entre plusieurs lois, car il devient parfois extrêmement difficile de marquer de façon nette et indiscutable le moment et, partant, le lieu de la constitution définitive. Les effets extérieurs de la volonté des co-contractants n'apparaissent que progressivement. Le consentement se matérialise sous la forme d'opérations successives, fractionnées, susceptibles de se répartir dans le temps et dans l'espace, en plusieurs moments et en plusieurs endroits. Il ne serait plus exact de dire

(50) Nous ne raisonnons pas seulement sur les contrats solennels, mais aussi bien sur les contrats purement consensuels, comme le sont les contrats de sociétés généralement quelconques.

(51) Comp. PÉRY, *De la nationalité des sociétés de commerce*, p. 83 et suiv. et p. 145.

que la seule signature du pacte social emporte constitution définitive de la société. Les fondateurs ont accompli certaines formalités, assumé certaines obligations ; c'est encore insuffisant : il faut en outre que des assemblées se réunissent, que des administrateurs et des commissaires soient nommés, qu'ils acceptent leur fonctions, etc... Le problème deviendrait-il donc insoluble ? En aucune façon. Seulement, si l'on considère la nature même du contrat sur lequel on raisonne, étant donnés ses caractères et sa complexité, il n'est pas étonnant que la notion de loi locale ait tendance à s'obscurcir. Au juge à apprécier les nuances de fait, dans chaque espèce, en retenant que la loi locale est toujours celle du lieu où le consentement a trouvé son expression définitive.

Ainsi comprise, la loi locale sera, suivant les cas, tantôt la loi du lieu du principal établissement de la société, parce que c'est là que les statuts ont été déposés, que les assemblées constitutives se sont réunies, etc... (52), tantôt la loi du siège social parce que, en fin de compte, c'est là que se sont déroulées les opérations constitutives principales, etc... (53). Enfin, en l'absence de considéra-

(52) Comp. Cass., 10 février 1863, D. 1865, 1, 188, S. 1863, 1, 199 ; Trib. civ. Nancy, 16 avril 1883, S. 1888, 2, 89, note CHAVEGRIN ; Paris, 2 mars 1906, *Rev. dr. int. priv.*, 1906, p. 764. — Comp en droit interne (siège social fictif), Chambéry, 13 juillet 1927, S. 1928, 2, 16.

(53) Comp. Cass., 20 juin 1870 (société civile, matière fiscale), S. 1870, 1, 373, D. 1870, 1, 416 ; Cass. (société commerciale), 20 juin 1880, D. 1880, 1, 469 ; Paris, 28 janvier 1889, D. 1890, 2, 1, note COHENDY ; Perpignan, 23 décembre 1913, Clunet, 1917, p. 1066. — Le siège social est le domicile de la société : Req., 25 mai 1909, D. 1910, 1, 27 ; Paris, 10 novembre 1922, S. 1922, 2, 128. Deux sociétés peuvent avoir le même domicile, v. difficultés et conséquences, Bordeaux, 17 octobre 1927, *D. hebd.*, 1928, p. 26.

tions déterminantes de la volonté des parties, on pourra revenir à la loi du lieu de signature du pacte social (54). La notion de loi locale reparaît alors dans sa simplicité première.

Mais ces lois que nous présentons sous l'étiquette de « loi locale », ces lois auxquelles nous sommes conduit par le fonctionnement normal et logique de la règle *locus regit actum*, ce sont justement celles que la jurisprudence nous présente sous l'étiquette de « loi nationale de la société » (54 *bis*). Nous arrivons en somme aux mêmes solutions, mais avec cette différence — considérable — que pour y aboutir nous n'avons pas suivi le même chemin. Il y a peut-être des conséquences intéressantes à tirer de cette idée-là.

Rouen, 26 juillet 1912

Exemple (Comp. Rouen, 26 juillet 1912, *Gaz. Pal.*, 17 à 23 août 1912, *Journ. Soc.*, 1913, p. 264). Des Français traitent à Londres dans les formes de la loi anglaise. Des créanciers demandent au juge français la dissolution de la société pour inobservation des formes de la loi française. Les associés protestent : c'est une question de forme ; elle relève, par conséquent, de la loi nationale de notre société, qui est la loi anglaise. Le juge français (55) pourrait-il leur répondre par l'argu-

(54) Comp. Cass., 6 juillet 1914, *Gaz. Soc.*, 1915, p. 10 et Paris, 17 décembre 1919, *Clunet*, 1920, p. 227.

(54 *bis*) V. références *supra*, notes 52 à 54, et NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* (Extrait de la *Rev. Dr. int. priv.*, n° 3, 1927, gr. in-8°). *Infra*, note 56.

(55) La Cour de Rouen ne s'est prononcée que sur les conséquences

mentation suivante : sans doute, c'est une question de forme qui relève comme telle de la loi du lieu de constitution de votre société, c'est-à-dire de la loi anglaise, mais si, au moment où vous avez traité, vous aviez le choix entre votre loi personnelle et la loi du lieu où vous traitiez (caractère facultatif de la règle *locus regit actum*), encore ce choix était-il subordonné à certaines conditions : à la condition, tout d'abord, que votre loi personnelle autorisât, au moins tacitement, le recours à la loi locale (délégation tacite de la loi nationale) ; à la condition aussi que la compétence exceptionnelle de la loi locale à laquelle vous entendiez vous référer, se justifiât par l'impossibilité de fait ou de droit dans laquelle vous étiez de recourir à votre loi nationale, la seule qui fût normalement compétente. Or, aucun de ces éléments ne se retrouve dans l'espèce. Vous ignoriez si peu votre loi personnelle — la loi française — qu'au moment de parfaire votre contrat, à Londres, vous aviez émis et négocié la totalité de vos actions en France, où vous possédiez déjà un centre d'exploitation, etc... Bref, de votre attitude dans l'ensemble des opérations auxquelles vous avez parti-

pénales de l'émission frauduleuse d'actions. Elle a vu dans la société constituée à Londres une société française parce qu'elle ne possédait à l'étranger aucun siège social sérieux et effectif, alors au contraire que la majorité des intérêts sociaux résidaient en France. C'est en considération de la qualité française de la société que, sur intervention du ministère public, la Cour a appliqué aux fondateurs responsables les sanctions pénales des articles 13 et suiv. de notre loi de 1867. On sait que ces textes ne sont pas d'ordre public international (Cf. Paris, 13 juin 1872, S. 1872, 2, 96. Civ., 16 juin 1885, S. 1885, 1, 251).

cipé (55 *bis*), il résulte que vous n'avez pu sérieusement conférer à la loi anglaise la qualité de loi locale. Votre loi personnelle demeure compétente. C'est, par conséquent, la loi française qui déterminera les dispositions de forme et les dispositions de preuve applicables à votre société.

La thèse ne nous paraît pas insoutenable (56). On comprend quels intérêts elle présenterait dans tous les

(55 *bis*) Comp. *supra*, chap. prélim., texte et note 51 *bis*.

(56) Nous n'ignorons pas que des objections sérieuses, d'ordre pratique, s'élèvent contre les conséquences d'un tel système. Comment, dans certains cas, connaître la loi personnelle des associés ? Et si les associés sont de nationalités différentes, quelle est la loi qui l'emportera ? MM. THALLER et PILLET, à la *Société de législation comparée* (*Bulletin*, avril et juin 1917, p. 128) proposaient de s'en rapporter à la nationalité de la majorité des actionnaires. Il y a, dans cet ordre d'idées, quelques précédents législatifs (Cf. LANDRY, dans la *Revue politique et parlementaire*, octobre-décembre 1916). Mais cela nous conduit à une institution qui, par ailleurs, paraît bien critiquable : celle du titre nominatif obligatoire. Il faut noter que, pendant et depuis la guerre, la jurisprudence a fait un effort considérable pour déterminer la loi applicable aux sociétés non plus d'après la prétendue nationalité de celles-ci, mais d'après la nationalité de leurs membres. Elle a tenté, non sans peine (Cf. Req., 20 juillet 1915, *Rev. dr. int. priv.*, 1915, p. 244) de s'affranchir de cette conception de loi nationale de la société, basée sur l'article 3 C. civ., pour en venir à des conceptions nouvelles, à la fois plus conformes, croyons-nous, aux principes généraux du droit international et plus propices aux intérêts français (Cf. sur l'application de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre, Décision de la Commission supérieure des dommages de guerre, 3 août 1925, *Clunet*, 1926, p. 664. Cf. Trib. arbitral mixte franco-allemand, 27 octobre 1923, S. 1924, 2, 25, qui déclare qu'une société en nom collectif *ne saurait avoir une nationalité différente de celle de ses membres*. Cf. note H. R., sous Montpellier, 3 mai 1926, S. 1926, 2, 75. — Comp. Cass. Ch. crim., 2 décembre 1927, *D. heb.*, 1928, p. 67) (Cf. Req., 20 juillet 1915, précité ; Alger, 22 juillet 1915, *Clunet*, 1915, p. 903 ; Paris, 7 avril 1916, *Clunet*, 1916, p. 1280 ; Colmar, 29 octobre 1925, *D. heb.*, 1926, p. 26). Application du même principe à une société anonyme composée d'individus de nationalité russe ; cette société est considérée comme une société russe bien qu'elle ne possède plus aucune installation en U. R. S. S. et que la législation soviétique s'oppose même à son fonctionnement. V. Cour de Paris, 31 janvier 1928, *D. heb.*, 1928, p. 244.

cas où le juge ne trouve pas un argument plus solide dans la notion, à certains égards extrêmement fuyante, de fraude à la loi. *Fraus omnia corrumpit* (57). Pour que la règle *locus regit actum* fonctionne, encore faut-il que le contractant français ne soit pas allé à l'étranger avec l'intention, secrète ou avouée, d'échapper aux exigences de forme de la loi française. Les arrêts ont fait une application fréquente de cette idée, mais il y a des nuances souvent délicates à saisir. Nous ne pouvons songer à les détailler ici (58).

(57) Sur cette question de la fraude à la loi, v. Henry DESBOIS, *De la fraude à la loi*, thèse Paris, 1927.

(58) V. not. Tribunal civil de Lille, 21 mai 1908, S. 1908, 2, 178, note DEMOGUE, D. 1910, 2, 41, note PERCEROU. M. DEMOGUE prend pour point de départ du système qu'il propose, le principe de l'autonomie de la volonté. Une société, dit-il, peut se fonder suivant la loi d'un pays, où elle n'a ni siège social, ni centre d'exploitation, pourvu que sa décision soit explicable autrement que par une pensée de fraude. Cette opinion, — on le remarquera, — n'est nullement incompatible avec le raisonnement exposé au texte. En effet, les parties demeurent libres de choisir le lieu où elles traiteront, mais sitôt ce choix exercé, dès que le consentement a revêtu une forme digne de la protection légale, et ce, à tel moment et dans tel lieu déterminé, alors nous pensons que la règle *locus regit actum* doit entrer en mouvement ; c'est elle, à notre avis, qui détermine les règles de forme et les règles de preuve applicables à la société-contrat, — sous la réserve, bien entendu, que les conditions nécessaires à son fonctionnement soient réunies, — et ces conditions font défaut notamment lorsqu'il est établi que le Français a traité à l'étranger précisément dans le but d'échapper aux exigences de la loi française.

Mais que faut-il entendre ici par « exigences de la loi française » ? S'agit-il seulement de l'ensemble des dispositions impératives (en droit interne) de la loi française sur la constitution et le fonctionnement des sociétés ? S'agit-il aussi de certaines règles spéciales aux sociétés françaises et qui apparaissent au juge français comme plus rigoureuses que celles de la loi locale étrangère ? Il est extrêmement difficile pour ne pas dire impossible de dresser une liste des dispositions qui, dans certaines circonstances, pourraient ainsi s'imposer au Français même traitant à l'étranger. Il nous suffira de signaler que, pour apprécier la fraude, les arrêts ne font en général aucune distinction entre les dispositions prohi-

Deuxième point

Nous arrivons ainsi à notre second point. Si nous nous en tenions aux indications qui précèdent, nous n'aurions vérifié, sur le terrain du conflit des lois, qu'un aspect du problème que nous avons envisagé en droit interne, à savoir que, en matière de sociétés commerciales comme en matière civile en général, les parties jouissent d'une liberté au moins relative quant au choix des formes et quant à la constitution de la preuve. Cette liberté se traduit, en droit interne, par le principe de la validité des conventions de preuve — pour ne parler que de la preuve — et, en droit international, par le fonctionnement de la règle *locus regit actum* avec son caractère facultatif et toutes ses conséquences. Ce n'est pas tout. Il nous faut aller maintenant plus avant. Déjà fortement limité par les exceptions que nous venons d'examiner, le principe de la liberté de la preuve ne subit-il pas des atteintes plus graves encore ? Nous avons eu l'occasion de voir, en droit interne, que l'idée de protection des tiers généralement quelconques occupait une place considérable dans la matière des sociétés. Il ne serait pas étonnant que nous

bitives et les dispositions facultatives de la loi française. Par exemple, les règles de forme de la loi de 1867 prennent, le cas échéant, figure de dispositions d'ordre public international, encore que certaines d'entre elles — celles au moins qui ne sont pas assorties de sanctions pénales (v. *infra*, note 59) — présentent un caractère essentiellement permissif (Cf. Tr. com. Seine, 26 août 1902, Clunet, 1904, p. 189). Sous ce point de vue de la transformation arbitraire par le juge français de règles simplement facultatives en dispositions exceptionnelles d'ordre public international, nous comparerions volontiers aux hypothèses précédentes, l'exemple fameux, en matière civile, des mariages de Gretna Green (Comp. Cass., 28 mars 1854, S. 1854, 1, 295).

rencontrions en droit international un système inspiré par une idée correspondante : l'idée de protection du contractant français, en général.

L'ordre public international

On sait que, pour des raisons multiples, le juge français peut être amené à substituer la loi française à la loi étrangère normalement compétente. En présence de dispositions d'ordre public international, il n'y a plus à parler de choix entre la loi locale et la loi personnelle ; à titre exceptionnel et arbitraire, c'est la loi française qui s'applique — et qui s'applique impérativement. Il n'entre naturellement pas dans notre intention d'énumérer ici les dispositions de ce genre applicables en matière de société (59). Nous formulerons seulement quelques observations sur les règles spéciales auxquelles le législateur français a cru devoir subordonner l'activité en France de certaines personnes civiles étrangères (60).

Loi du 30 mai 1857

Aux termes de la loi du 30 mai 1857 (art. 1), « les sociétés anonymes et autres associations commerciales...

(59) Les règles de procédure et de compétence s'appliquent aux sociétés étrangères (V. RODOLPHE-ROUSSEAU, n^{os} 3989 et suiv.). Des difficultés se sont élevées surtout à propos des sanctions pénales des articles 13, 14 et 15 de la loi de 1867 (V. VAVASSEUR, n^{os} 850 et suiv.). On est d'accord pour reconnaître que les dispositions des articles 13 et 14 (émission et négociation d'actions) ne sont pas, malgré leur caractère répressif, d'ordre public international. (Cf. not. Lyon, 7 janvier 1881, S. 1881, 2, 15). La solution contraire prévaut pour l'article 15 (Cf. Cass., 16 août 1873, *Gaz. trib.*, 30 août 1873. — *Contra* : Paris, 13 juin 1872, S. 1872, 2, 96).

(60) V. LAINÉ, *Les personnes morales en droit international privé*, Clunet, 1893, p. 303.

qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous les droits et ester en justice en France... » (61). C'est le système dit de l'autorisation collective. Par application de l'article 2 du même texte, des décrets ou des traités postérieurs en ont étendu successivement le bénéfice à un certain nombre de pays étrangers (Turquie, Espagne, Autriche, etc.) (62). D'autre part, des décrets peuvent toujours intervenir en faveur d'une société étrangère déterminée, quel que soit le pays auquel elle appartient (63). C'est le système de l'autorisation individuelle. Dans son ensemble, ce régime, malgré ses imperfections (64), traduit la volonté du législateur français de soumettre au contrôle des pouvoirs publics soit directement, par la voie de l'autorisation individuelle, soit indirectement, par la voie de l'autorisation collective, certains groupements (65) auxquels la loi étrangère

(61) La loi ajoute : « ... en se conformant aux lois d'Empire... ». On a longtemps épilogué sur la portée de cette expression. Sur l'inapplicabilité de l'ensemble des dispositions de la loi de 1867 aux sociétés anonymes étrangères, v. les arrêts rapportés *supra*, note 59, et Cass., 16 juin 1885, S. 1885, 1, 251, ainsi que l'article de HOUPIŒ, *Journ. Soc.*, 1908, p. 57. *Ibid.*, Paris, 7 mai 1870, sous Cass. req., 14 février 1872, S. 1872, 1, 321.

(62) V. LEVEN, *op. cit.*, p. 238, note 1.

(63) Les sociétés en commandite par actions peuvent-elles obtenir une autorisation individuelle ? V. LYON-CAEN, II, n° 1066, et THALLER, *Journ. Soc.*, 1881, p. 106.

(64) Des discussions se sont élevées notamment sur le point de savoir si les sociétés étrangères qui ne peuvent invoquer en leur faveur une autorisation collective (les sociétés allemandes, par exemple), demeureraient néanmoins soumises au régime de l'autorisation individuelle de l'article 37 C. com., texte expressément abrogé, à l'égard des sociétés anonymes françaises, par la loi de 1867. Dans le sens de l'affirmative, Paris, 22 décembre 1892, D. 1893, 2, 157.

(65) Il faut supposer que le lien rattachant la société sur laquelle on raisonne, à la loi étrangère, n'est pas discuté. Ainsi, ne seraient pas

reconnaît la qualité de personne civile, mais qui ne sauraient, de ce fait, être nécessairement assimilés, en France, devant le juge français, aux personnes civiles de la loi française. C'est donc déjà, dans son principe sinon dans sa réglementation (66), un moyen de garantie pour ceux qui traitent sur notre territoire avec des groupements étrangers échappant, en vertu même de leur extranéité, aux dispositions protectrices de notre législation.

Idee de protection du contractant français

Mais l'idée de protection du contractant français (67) apparaît surtout dans la situation que la jurisprudence a faite aux sociétés étrangères non autorisées. A s'en tenir au texte de la loi de 1867, il fallait décider par argument *a contrario* que les sociétés étrangères soumises au régime de l'autorisation, qui ne justifieraient pas en leur faveur d'une autorisation individuelle ou d'un décret, n'ont chez nous aucune existence légale et ne peuvent, par conséquent, à quelque titre que ce soit, ni ester en

considérées comme sociétés anonymes étrangères, soumises comme telles au régime de l'autorisation collective ou individuelle et soustraites, au moins en principe, à l'ensemble des règles de la loi de 1867, les sociétés auxquelles le juge français applique la qualification de société française, encore qu'une qualification différente leur ait été attribuée par les intéressés. Au surplus, v. *infra*, note 72.

(66) L'autorisation collective qui revient à une sorte de laissez-passer global accordé indistinctement à toutes les sociétés d'un même pays, constitue en effet une garantie assez illusoire.

(67) Ou des contractants étrangers qui traitent sur le territoire français avec une société étrangère, dans la mesure où les tribunaux français se déclarent compétents pour connaître des contestations entre étrangers (Cf. notamment sur l'extension jurisprudentielle des dispositions de l'article 420 C. Pr. civ., AUBRY et RAU, § 748 *bis*, note 46. — Comp. *supra*, chap. III, note 77 *bis*).

justice, ni exercer leurs droits en France. Cette solution était inacceptable, au moins dans la mesure où elle empêchait les intéressés de poursuivre la société étrangère non autorisée, en sa qualité de débitrice. La Chambre civile s'est prononcée dès 1863 (Ch. civ., 19 mai 1863, D. 1863, 1, 218, S. 1863, 1, 353) (68). Assimilant les personnes civiles étrangères aux personnes physiques sous le point de vue de l'application de l'article 14 C. civ. (69), elle a décidé que les sociétés étrangères dépourvues d'autorisation, peuvent toujours être poursuivies par leurs contractants, mais qu'elles n'ont point le droit de saisir les tribunaux français de leurs litiges.

Cette jurisprudence sur la sanction du défaut d'autorisation rappelle, trait pour trait, la jurisprudence que nous avons étudiée en son temps, sur la sanction du défaut d'acte écrit, en droit interne. Nous avons vu, en effet, que l'absence d'acte écrit avait pour principale conséquence de mettre la société à la discrétion des tiers. Ici, l'absence d'autorisation livre la société étrangère au bon vouloir de son cocontractant. Celui-ci peut, à son gré, ou bien poursuivre l'exécution de son contrat, ou bien en demander la nullité. Sans doute, le pacte social relève toujours — et par hypothèse — de la loi étrangère ; sans doute, la société dépend toujours, quant à ses formes et quant à sa

(68) V. not. dans le même sens, Ch. civ., 14 novembre 1864, S. 1865, 1, 135 ; Amiens, 2 mars 1865, et Paris, 9 mai 1865, S. 1865, 2, 210.

(69) *Ibid.*, Paris, 8 novembre 1865, S. 1866, 2, 117. Cette assimilation ne doit pas néanmoins être poussée trop loin. C'est ainsi que l'article 14 C. civ. ne concerne pas les personnes civiles étrangères qui seraient rattachées à l'Etat étranger par un lien de droit public (Chemins de fer d'Alsace-Lorraine. Cass., 5 mai 1885, S. 1886, 1, 353, note CHAVEGRIN).

preuve, de la loi du pays auquel le juge saisi la rattache (70) ; le contractant français n'en conserve pas moins une arme contre les difficultés que pourrait lui susciter l'application de la loi étrangère compétente : il opposera le défaut d'autorisation et se retranchera derrière ses conséquences.

Ajoutons que, pour parer aux inconvénients du défaut de publicité des sociétés étrangères (71), la loi du 18 mars 1919 (art. 9) impose à toute société étrangère l'obligation, avant d'ouvrir une succursale ou une agence en France, de requérir son immatriculation au registre du commerce. Cette mesure est générale et s'applique à toutes les sociétés étrangères, sans distinction (72).

Enfin, toujours en faveur de la protection du cocontractant français, on doit citer les précautions multiples que le législateur a prises contre la faculté, reconnue aux sociétés françaises, de changer de nationalité, soit par leur soumission aux lois d'un autre Etat, soit par le transfert, à l'étranger, de leur siège social (73) (Cf. art. 31 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par la loi du 22 novembre 1913).

(70) On ne confondra pas la preuve du contrat de société qui relève, par hypothèse, de la loi étrangère, — la seule preuve qui nous intéresse ici, — avec la preuve du contrat conclu entre le contractant français et la société-personne civile étrangère (V. Paris, 8 novembre 1865, précité, et comp. *supra*, note 32) (*Ibid.*, Lyon, 7 janvier 1881, précité).

(71) Les règles de publicité de la loi de 1867 ne sont pas d'ordre public international. Cass., 16 juin 1885, S. 1885, 1, 251. V. néanmoins Rouen, 25 janvier 1905, *Journ. Soc.*, 1906, p. 74.

(72) La loi de 1867 ne concerne pas les sociétés de personnes. La question est controversée pour les sociétés en commandite par actions. V. *supra*, note 63.

(73) Amiens, 29 juin 1895, *Journ. Soc.*, 1896, p. 176, et Cass., 29 mai 1898, D. 1899, 1, 595.

§ 2. — *L'acte sous seing privé*

On sait qu'en ce qui concerne l'acte sous seing privé, la loi a établi des règles assez rigoureuses dans les articles 1325, 1326 et 1328 C. civ. Quel est le sort de ces dispositions en droit commercial, et plus spécialement en matière de sociétés commerciales ?

Art. 1325 C. civ.

L'article 39 C. com. ayant renvoyé expressément à l'article 1325 C. civ. pour les sociétés en nom collectif ou en commandite constatées par actes sous seing privé, on en a conclu parfois, par argument *a contrario*, que, réserve faite de l'hypothèse spéciale prévue par l'article 39 C. com., l'article 1325 C. civ. est inapplicable à toutes les conventions généralement quelconques qui appartiennent au droit commercial (74). On a dit aussi que l'usage commercial qui doit prévaloir sur le droit civil, ne consacre pas la formalité des doubles (75). En réalité, il semble bien qu'une distinction s'impose, suivant qu'il s'agit ou non d'un acte de commerce : si l'article 1325 C. civ. est étranger aux conventions synallagmatiques qui constituent à l'égard de tous les contractants, des actes de commerce — ce qui résulte de l'interprétation classique de l'article 109 C. com., — par contre, la formalité des doubles réapparaît, dès qu'on n'est plus en présence d'un

(74) TOULLIER, VIII, 342. — *Contra* : v. not. Lyon, 18 décembre 1826, S. 1827, 2, 194, D. 1827, 2, 100.

(75) En ce sens : LYON-CAEN, III, n° 56. Cour de Lyon, 23 novembre 1889, D. 1891, 2, 80.

acte de commerce proprement dit, dès qu'il s'agit, par exemple, d'une société commerciale, voire d'une association en participation (76).

D'ailleurs, à l'égard des différentes espèces de sociétés commerciales, il y a des textes spéciaux. A côté de l'article 39 C. com. (77), on doit citer les articles 1 et 21 de la loi de 1867 qui exigent un double original pour les sociétés par actions, l'article 14 de la loi du 29 juin 1918 qui requiert un original spécial à l'usage de l'administration de l'enregistrement, l'article 4 de la loi du 7 mars 1925, qui impose également un certain nombre d'originaux pour les sociétés à responsabilité limitée (78).

Art. 1326 C. civ.

Les difficultés soulevées par l'article 1326 C. civ. intéressant surtout, au point de vue commercial, la matière du chèque, nous ne les étudierons pas ici (79).

Art. 1328 C. civ.

Nous arrivons immédiatement au problème de la date certaine (art. 1328 C. civ.).

Nous avons déjà signalé qu'une jurisprudence ancienne et constante décide que les dispositions de l'article 1328

(76) Colmar, 28 août 1816, S. 1817, 2, 408. AUBRY et RAU, § 756, texte et notes 13, 49, 50 et 51.

(77) La société en commandite supposant deux intérêts distincts, celui des gérants et celui des actionnaires ou des commanditaires, deux actes sous seing privé suffisent. La jurisprudence est fixée depuis longtemps en ce sens. Req., 20 décembre 1830, D. 1831, 1, 26.

(78) Cf. HÉMARD, *op. cit.*, n° 148.

(79) V. articles 110 et 187 C. com. LYON-CAËN, IV, nos 60 et 509.

C. civ. sont étrangères aux matières commerciales (80). Mais cette jurisprudence, — il faut bien le dire, — contient des formules assez inquiétantes (81). Quelle en est au juste la portée ? Faut-il l'interpréter par référence à l'article 109 C. com. ? Et l'article 1328 C. civ. ne reprend-il pas toute sa force vis-à-vis des actes commerciaux qui doivent être rédigés par écrit ?

Jurisprudence

On a essayé en effet de résoudre la difficulté en invoquant les dispositions de l'article 109 C. com. (82). Si tous les modes de preuve sont admis pour établir l'existence des conventions commerciales, *a fortiori*, dit-on, un acte écrit peut servir de preuve, même s'il est dépourvu

(80) *Supra*, Introduction, texte et note 25. AUBRY et RAU, § 756, note 101 *ter*. V. not. Ch. civ., 7 janvier 1824, D. 1824, 1, 14 et 28 juin 1825, D. 1825, 1, 346. Certains arrêts sont moins affirmatifs. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les quittances, la Chambre civile a renoncé à décider qu'elles ne sont pas soumises à l'article 1328 C. civ., mais, pour rendre opposables les quittances non enregistrées aux créanciers saisissants, elle s'est basée sur le motif que ces créanciers ne sont pas des tiers au sens de l'article 1328 C. civ. V. not. Ch. civ., 29 octobre 1890, S. 1891, 1, 305. *Adde* : Cass., 13 novembre 1895, S. 1897, 1, 262, et note VALÉRY au D. 1899, 2, 65.

(81) L'article 1328 C. civ., dit-on, ne serait pas rigoureusement (*sic*) obligatoire en matière de commerce. Il serait permis aux tribunaux de modifier (*sic*) sa disposition, ou de l'écarter d'après les circonstances (*sic*), suivant que l'équité ou l'intérêt du commerce l'exigent. V. not. Rennes, 5 janvier 1826, D. 1826, 2, 187, et la note, — et la formule employée par un arrêt de la Cour de Toulouse du 4 juin 1827 (D. 1828, 2, 194) qui déclare que l'article 1328 C. civ. n'est pas applicable « *au moins rigoureusement* » (*sic*) aux matières de commerce. Il est heureusement assez rare de rencontrer pareille imprécision en matière civile. — Comp. *supra*, chap. I, texte et note 39 *in fine*, et BARTIN, *Cours de droit civil approfondi* (1925-1926), p. 400, note 1. — *Adde* : Ch. civ., 4 août 1908, S. 1909, 1, 5.

(82) V. not. MASSÉ, IV, n° 2436. Sur tous ces points, note WAHL, sous Bordeaux, 9 mars 1896, S. 1899, 2, 273.

de date certaine. Il est facile de répondre à ce premier argument en remarquant, comme nous l'avons déjà fait à plusieurs reprises, que l'article 109 C. com. vise la preuve des conventions proprement dites. Il ne vise pas nécessairement la preuve de la date, et plus précisément, son opposabilité aux tiers. Il faut reconnaître néanmoins que la jurisprudence ne distingue pas, et que, sans toujours se référer expressément à l'article 109 C. com. ou au principe général de la liberté des preuves en matière commerciale, elle refuse délibérément d'appliquer l'article 1328 C. civ. aux opérations de caractère commercial (83).

Quelques décisions ébauchent un essai de justification en remarquant que la rapidité et la multiplicité des affaires commerciales fait obstacle à l'application normale du système de la date certaine. Nous avons dit ailleurs ce que nous pensions de cet argument. Nous n'avons pas à y revenir (84).

Enfin, on a fait observer que l'article 1328 C. civ. a pour but essentiel de déjouer la fraude ; or, dit-on, cette fraude est impossible, les livres des commerçants pouvant aisément se contrôler les uns par les autres (85). On est étonné de trouver cette affirmation sous la plume d'auteurs considérables. Ils semblent oublier en effet que l'article 1328 C. civ. vise l'inopposabilité de la date non dans les rapports des parties entre elles, mais dans les rapports des parties avec certains tiers. D'ailleurs, si

(83) Note TISSIER, sous Douai, 31 juillet 1913, S. 1914, 2, 161.

(84) *Supra*, chap. V, § 1, *passim*.

(85) LYON-CAEN et RENAULT, III, n° 58.

l'indication de la date est présumée suspecte lorsqu'on raisonne sur un acte sous seing privé véritable, intentionnellement rédigé à fins de preuve, il n'y a pas de raison pour que la même présomption ne frappe pas également la date portée par les parties sur leurs livres de commerce. Au surplus, à supposer même qu'il fallût appliquer ici la présomption inverse, l'argument ne porterait qu'à l'égard des commerçants et d'eux seuls. Or, la jurisprudence exclut l'article 1328 C. civ. de toutes les opérations commerciales, sans distinction (86).

Par conséquent, des trois objections élevées contre le fonctionnement de l'article 1328 C. civ. en matière commerciale, aucune ne résiste à l'analyse. Comment dès lors expliquer cette jurisprudence ancienne et absolument certaine aujourd'hui, aux termes de laquelle la date de l'acte de commerce peut être prouvée par tous moyens, et non pas seulement par l'un quelconque des trois procédés prévus dans l'article 1328 C. civ. ?

Explication proposée

Voici de quelle façon, à notre avis, la question pourrait être tranchée. On sait comment doit être expliqué, en matière civile, le système général de la date certaine. Les dispositions de l'article 1328 C. civ. ne peuvent être comprises, leur combinaison avec les autres mécanismes du système de la preuve civile et notamment avec celui de l'article 1352 C. civ. ne peut s'opérer que si l'on ramène l'indication de la date à une indication de nature conven-

(86) V. not. Cass., 19 janvier 1906, S. 1906, 1, 262.

tionnelle. C'est une convention présumée des parties, une convention de preuve supposée par la loi et considérée comme inopérante vis-à-vis de certaines personnes parce qu'elle est réputée suspecte vis-à-vis d'elles et à leur profit. Voilà l'idée (87). En matière commerciale, au contraire, le point de départ est tout différent. Sans doute, l'indication de la date est-elle toujours une indication de nature conventionnelle et, à ce titre, il semble bien qu'elle ne devrait pas échapper à l'article 1328 C. civ. Elle lui échappe cependant parce que, en vertu du principe général de la liberté des preuves qui, en matière commerciale, substitue les présomptions à l'acte écrit habituellement exigé en matière civile, l'indication de la date est et ne peut être qu'une indication réputée *sincère*, non seulement dans les rapports des parties entre elles (livres de commerce), mais aussi dans les rapports des parties avec les tiers. Autrement dit, une présomption de vérité milite en faveur du titre. Celui-ci fait foi de sa date, jusqu'à ce que sa fausseté ait été démontrée. C'est la présomption exactement inverse de celle que nous rencontrons en matière civile. Telle nous paraît être la seule explication possible de la jurisprudence que nous rapportons plus haut (87 *bis*).

Mais cette présomption de sincérité s'étend-elle aux actes de commerce qui doivent nécessairement être rédigés par écrit ? La majorité des auteurs décident que, ici, l'article 1328 C. civ. reprend toute sa portée. Si l'on

(87) BARTIN, *op. cit.*, p. 257 et suiv. et p. 281, sur Bourges, 9 janvier 1901, S. 1901, 2, 80 ; AUBRY et RAU, § 756, note 101.

(87 *bis*) En ce sens : THALLER et PERCEROU, n° 2251.

s'en tient à l'argumentation précédente, on décidera au contraire, avec la jurisprudence, que l'article 1328 C. civ. doit être exclu dès qu'il s'agit d'opérations de caractère commercial et sans qu'il y ait à distinguer si la loi a ou n'a pas exigé la rédaction d'un acte écrit (88).

§ 3. — *L'usage commercial*

A l'étude comparée du système général des preuves civiles et de la preuve commerciale se rattache directement, à notre avis, celle de l'usage commercial. Nous donnerons donc quelques indications à cet égard, faute de pouvoir consacrer à cette question tous les développements que son importance justifierait.

Lorsque nous nous sommes efforcé, dans notre *Introduction*, de déterminer la position qu'occupe notre législation commerciale par rapport au droit civil, nous avons vu qu'il s'agissait là de deux matières intimement liées et que, sous le point de vue des sources, la législation commerciale, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions du Code de commerce de 1807 et des lois postérieures, trouvait son complément nécessaire et

(88) Cette solution n'est d'ailleurs pas exempte de critique. C'est ainsi que l'article 1328 C. civ. ne s'applique qu'aux actes constitutifs de société civile (V. not. Douai (société de chasse), 10 mai 1911, S. 1912, 2, 314). Cette différence de traitement entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales est parfaitement arbitraire. Aucune raison de fond ne la justifie. Elle est pourtant la conséquence logique de la jurisprudence précédemment analysée. — Comp. LINYER, thèse Poitiers, 1898. Sur le fonctionnement de l'article 1328 C. civ. en matière d'associations (congrégations religieuses), v. not. Ch. civ., 24 juillet 1911 (congrégation autorisée), S. 1914, 1, 433, et Ch. civ., 12 mai 1914, S. 1918-1919, 1, 41 ; Req., 11 février 1913 (congrégation non autorisée), S. 1916, 1, 33.

naturel dans le Code civil (89). Toutefois, après avoir proclamé ce principe, nous avons pu relever toute une jurisprudence qui semble le contredire puisque, à défaut de disposition expresse de la loi commerciale, elle sanctionne néanmoins des solutions étrangères et parfois même diamétralement opposées à celles de la loi civile (90). Cette jurisprudence qui donne au droit commercial une physionomie toute particulière et qui paraît le placer délibérément en marge du droit civil, nous en avons rencontré maints exemples au cours du présent ouvrage (91). Au fond, il est peut-être possible de l'expliquer très simplement, en recourant à la notion d'usage commercial.

C'est que, en effet, entre la loi commerciale proprement dite et la loi civile, s'insère une troisième source du droit commercial : c'est l'usage. Ainsi, nous avons noté qu'en l'absence de dérogations expresses de la loi commerciale, la disposition de l'article 1202 C. civ. devrait tout naturellement s'appliquer. Le texte est d'ailleurs formel. Il suffit d'en rappeler les termes : « La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit *en vertu d'une disposition de la loi* ». Et pourtant, malgré le silence de la loi commerciale, il est absolument incontesté aujourd'hui que la solidarité

(89) Introduction, texte et notes 2 et suiv.

(90) Introduction, texte et notes 9 à 11 et 19 à 25.

(91) Cf. *supra*, chap. I, texte et notes 38, 39 et 72 ; chap. IV, texte et notes 30 et 31 ; chap. V, § 2, texte et notes 74 et 75.

est présumée en matière commerciale (92). Voilà un exemple d'usage commercial. En voici un autre. On sait qu'aux termes de l'article 1139 C. civ. la mise en demeure du débiteur n'a pas lieu de plein droit et qu'à défaut d'une stipulation conventionnelle contraire, elle ne peut résulter que d'une sommation. C'est cette sommation qui fait courir les intérêts moratoires (93). Or, en matière commerciale, c'est la règle inverse qui l'emporte. L'usage est, en effet, de considérer que les intérêts courent de plein droit, sans mise en demeure, à moins que les parties elles-mêmes n'en aient décidé autrement (93 *bis*).

L'usage et la coutume

L'usage ainsi compris peut être défini comme une clause présomptivement sous-entendue dans une convention (94). Il peut donc toujours être combattu par la preuve contraire. Il se distingue par là même de la règle de droit coutumier proprement dit qui présente des caractères tout différents (95). On confond souvent usage et coutume. Or, la coutume est une règle de droit impérative. A la différence, d'ailleurs, de la coutume internationale qui se présente sous la forme de règles

(92) Introduction, texte et note 22. V. not. Req. rej., 20 octobre 1920, D. 1920, 1, 161 et la note.

(93) PLANIOL, II, 170. V. l'exception au principe général contenue dans l'article 1846 C. civ., WAHL, *Précis*, n° 578.

(93 *bis*) V. not. Req. rej., 28 octobre 1903, S. 1908, 1, 422.

(94) V. la violation d'un usage commercial analysée comme une faute contractuelle par la Cour de Paris, 23 décembre 1927, *Gaz. Trib.*, 10 février 1928.

(95) AUBRY et RAU, § 749, note 3 *bis* ; PLANIOL, I, 14.

assez vagues (96), la coutume juridique porte dans notre droit interne sur des points extrêmement précis. C'est, par exemple, en matière civile, la théorie de la dot mobilière. C'est, en matière commerciale, la théorie du compte courant (97). Dans toutes les hypothèses de ce genre, la jurisprudence n'a pas hésité à ébrécher les textes de la loi écrite. Nous sommes en présence d'un droit coutumier véritable qui fait échec à certaines dispositions déterminées du droit écrit, même impératives. L'usage conventionnel, au contraire, ne saurait jamais prévaloir, par définition même, contre une règle de droit prohibitive (98).

Loi du 13 juin 1866

Les usages conventionnels existent en matière civile (99) comme en matière commerciale, mais les usages commerciaux sont beaucoup plus nombreux. On en découvre facilement la raison dans le principe de la liberté des preuves, la preuve par présomption étant la règle, en matière commerciale (100). La loi du 13 juillet

(96) BARTIN, *Cours de droit international privé* (1927-1928), p. 74 et 75.

(97) V. pour d'autres exemples AUBRY et RAU, *loc. cit.*

(98) V. not. un arrêt de la Cour de Besançon (23 avril 1845 [fromageries du Jura], D. 1847, 2, 15) qui considère la disposition de l'article 1834 C. civ. comme une disposition impérative et refuse d'appliquer un usage contraire.

(99) La plupart sont relatifs à la propriété foncière. Le Code civil a fait de nombreux renvois aux usages locaux. Cf. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, nos 130 et suiv.

(100) LYON-CAEN et RENAUULT, III, nos 251 à 253 bis ; AUBRY et RAU, § 764, note 38 *ter* et § 766, note 3. Cf. Cass., 11 juillet 1892, S. 1892, 1, 508 et 5 mars 1894, S. 1894, 1, 413.

1866 a codifié un certain nombre d'usages commerciaux.

L'usage conventionnel n'étant pas une règle de droit proprement dite, il faut en rapporter la preuve. On sait que cette preuve est généralement fournie, en matière commerciale, au moyen d'attestations écrites qui portent le nom de *parères*. Mais les parères ne sont pas toujours indispensables.

Req. rej., 22 décembre 1902

Nous relevons à ce propos un arrêt de la Chambre des requêtes (Req. rej., 22 décembre 1902, D. 1903, 1, 149) qui montrera, une fois de plus, qu'il est peut-être dangereux et en tout cas de méthode incertaine, de vouloir ramener la preuve commerciale aux principes généraux qui gouvernent la preuve en matière civile.

On sait qu'une règle essentielle domine tout le système civil de la preuve : c'est le *principe de la neutralité du juge dans la constitution de la preuve* (101). De droit commun, le juge n'a pas à intervenir dans la recherche ou dans l'établissement de la preuve. C'est aux parties elles-mêmes qu'incombe la tâche de fournir les preuves à l'appui de leurs prétentions. Le juge joue ici le rôle passif d'un simple spectateur. Aussi transgresserait-il ses pouvoirs si, pour considérer un fait comme prouvé,

(101) AUBRY et RAU, § 749, note 8 *ter* ; BARTIN, *Cours de droit civil a. profondi* (1925-1926), p. 148. Cass., 28 avril 1874, S. 1874, 1, 320, J. Pal., 1874, p. 806, et 8 juillet 1885, D. 1886, 1, 204.

il s'appuyait sur la connaissance personnelle qu'il en a acquise (102).

Si ce principe fondamental devait être transporté aux matières commerciales, il faudrait décider notamment que le juge ne peut pas s'en rapporter à un usage commercial qu'il connaît mais qu'aucune des parties n'a régulièrement invoqué devant lui. Or, c'est précisément la solution contraire qui a été consacrée par la Chambre des requêtes (22 décembre 1902, préc.). La Cour de cassation a estimé, en effet, que le jugement d'un tribunal de commerce était suffisamment motivé dès l'instant que ses auteurs affirmaient avoir la connaissance personnelle de l'usage appliqué (103). Bien qu'il ne paraisse pas avoir fait jurisprudence (104), cet arrêt doit être joint à tous ceux que nous avons relevés précédemment (105) et qui, sous des points de vue divers et dans une mesure d'ailleurs extrêmement variable, creusent le fossé entre la preuve commerciale et la preuve civile.

(102) BONNIER, *Traité des preuves*, p. 82 et suiv.

(103) En ce sens : quelquef. Rouen, 27 mai 1826, D. 1826, 2, 244 ; Cass., 13 juillet 1868, S. 1868, 1, 363, *J. Pal.*, 1868, p. 936.

(104) En sens contraire : Req. rej., 12 avril 1907, D. 1908, 1, 72 ; LYON-CAEN, *Traité*, I, n° 78.

(105) *Supra*, § 1, *passim*.

CONCLUSION

Il serait téméraire de vouloir tirer d'une monographie consacrée à la seule matière des sociétés, des conclusions définitives sur les rapports généraux du droit civil et du droit commercial. Celles-ci en dépasseraient presque fatalement les termes. Néanmoins, l'horizon que nous avons parcouru et dont nous avons tracé une esquisse hélas ! trop hâtive, est déjà suffisamment étendu pour que, à l'issue du voyage, nous tentions de nous élever et d'embrasser, dans une vue d'ensemble, la totalité du panorama qui s'est déroulé sous nos yeux. Les entreprises du genre de celle que nous avons risqué sont, en quelque manière, des travaux de marqueterie. On les considère surtout dans la finesse et dans la multiplicité de leur détail. Mais ne doivent-elles pas valoir aussi par l'harmonie de leur physionomie générale ?

Au vrai, cette harmonie n'est pas un mythe puisque, comme nous l'avons constaté, nos disciplines puisent aux mêmes sources. Qu'il s'agisse du commerçant ou du simple citoyen, qu'il s'agisse d'opérations civiles ou d'opérations commerciales, c'est toujours — ou presque toujours — au droit civil et aux principes du Code de 1804 qu'il faut revenir. Seulement, l'apport législatif du XIX^e siècle et de ces vingt-huit dernières années, a recouvert certains points d'une végétation particulière-

ment abondante, en sorte que la tâche devient parfois délicate et ardue, de reconnaître la nature du terrain sur lequel elle s'est implantée. La matière des sociétés offre à cet égard un exemple saisissant. Il est peu de domaines où le législateur ait laissé tant de marques de son passage, depuis la loi du 24 juillet 1867, pour ne rappeler qu'un texte fondamental, jusqu'à la loi récente du 7 mars 1925, sans mentionner les projets actuellement en cours. Il est peu de domaines aussi où les formes de l'activité humaine aient pris un tel développement et revêtu une telle variété... Pourtant, c'est toujours du même sol que monte la sève.

Nihil novi sub sole. Sans sortir des sociétés commerciales nous avons décrit un cercle presque complet autour du droit civil et ce n'est pas à la législation civile contemporaine, mais bien à celle de la codification que nous avons fait appel. Certes, la réglementation des articles 1832 et suiv. C. civ. peut paraître aujourd'hui débile, squelettique, parfaitement insuffisante. Il n'empêche qu'elle renferme des principes de base que le législateur moderne ne saurait abandonner. C'est elle qui nous fournit les éléments constitutifs de toute société généralement quelconque : la création d'un actif commun, d'une part, et, d'autre part, la double obligation corrélatrice de participation aux bénéfices et de contribution aux pertes. D'ailleurs, les règles réservées à la société par la loi civile trouvent leur complément indispensable dans les textes consacrés à la théorie générale des contrats et à celle des obligations. Au surplus, elles se réfèrent elles-mêmes à des dispositions voisines,

celles du mandat, par exemple, qui sont d'un usage courant en matière commerciale, ou celles de la preuve qui, avec des nuances et quelques réserves, réapparaissent, semble-t-il, même dans les sociétés de commerce. Enfin, l'impératif de la loi civile ne perd rien de sa force lorsqu'il intervient pour briser entre les époux, des liens que le droit commercial autorise, sans doute, mais que le Code réproouve comme incompatibles avec les effets civils du mariage, — et c'est tout le problème des sociétés entre époux.

Dans cette matière des sociétés, on a beaucoup parlé d'évolution ; on a souvent fait état des transformations du monde économique, industriel ou financier. A besoins nouveaux, législation nouvelle, répète-t-on sans cesse. Ces affirmations ne peuvent atteindre la loi civile. On ne peut nier, en effet, que celle-ci, pourtant moins souple que la loi commerciale, ait su se plier aux circonstances. Ce n'est pas le moindre mérite du législateur de 1804 d'avoir réussi à doter son œuvre d'une faculté d'adaptation aussi étonnante.

Mais il y a des sommets qu'ignore la perfection humaine. Aux lacunes inévitables de la législation, la jurisprudence a dû répondre. Elle leur a opposé des constructions, souvent tirées d'elle-même. Tantôt elle l'a fait en s'appuyant encore sur des dispositions de la loi civile, mais en les détournant de leur but véritable. C'est ainsi qu'en l'absence de texte régissant la liquidation et le partage des sociétés, elle n'a pas hésité à transposer les règles relatives à la liquidation et au partage des successions. Tâche délicate, s'il en fût, et

dont elle ne s'est point acquittée sans peine. Tantôt, elle a importé dans notre droit privé des institutions qui, originairement, ne lui appartenaient pas, mais qui, au prix de certains efforts ou de certaines concessions, ont fini par s'acclimater. Tel est, par exemple, le cas de la personnalité morale qu'elle a développée et étendue à la plupart des sociétés, même aux sociétés civiles. Tantôt enfin, la jurisprudence a recouru, pour étayer ses décisions, à cet élément assez inconsistant qu'on appelle l'usage commercial, non plus toujours pour combler les insuffisances de la loi positive, mais parfois aussi pour rompre avec elle. Nous avons relevé quelques illustrations de ce dernier ordre d'idées. En vérité, nous ne sommes pas éloignés de croire que maints arrêts rendus en matière commerciale, — à propos, notamment, de la théorie de la preuve ou de celle des sociétés de fait, — qui jurent, dès l'abord, avec les décisions rendues dans des hypothèses analogues mais en matière civile, ne peuvent s'expliquer que par l'existence d'un usage conventionnel réservé au commerce et en opposition absolue avec les règles de la loi civile.

Cela nous amène à ouvrir une courte parenthèse sur les méthodes d'interprétation. « A force d'aller au fond de tout, on y reste », a dit Taine. Cette boutade a peut-être encouragé parfois les interprètes de la loi commerciale dans la voie des théories superficielles. On a vu des juges consulaires continuer volontiers la tradition que leur léguèrent les rédacteurs de l'Ordonnance de 1673, « gens fort entendus dans les matières du commerce,

mais qui n'étaient point jurisconsultes » (1)... Il est certain, d'autre part, que la forte armature du droit civil, la rigueur de sa dogmatique, la rigidité, au moins apparente, de ses cadres de démonstration, sont de nature à dérouter ceux qui n'y ont point été préalablement et spécialement initiés. Le droit civil, tout en restant *un art*, s'apparente par certains côtés aux sciences exactes, et celles-ci ne s'improvisent pas (2). Les méthodes d'interprétation du droit commercial sont assurément différentes. Le pragmatisme dont elles sont imprégnées, s'accommode assez mal de la logique mathématique. L'observation pourrait justifier, aux yeux du civiliste, les hardiesses d'une certaine jurisprudence. Mais il ne faudrait pas en exagérer la portée. Il n'est pas douteux que le droit commercial *se rationalise*. Par là même, il se rapproche de plus en plus du droit civil. Fouillez à la base des deux droits : vous retrouverez les mêmes idées de bon sens.

En définitive, le principe de l'unité du droit privé ne saurait être contesté par personne. Il n'y a pas de différence de fond entre le droit civil et le droit commercial. D'aucuns vont même plus loin et nient toute subordination de l'une à l'autre discipline. Si nous admettons pour notre part le bien-fondé de la première proposition, nous croyons devoir repousser la seconde. A notre avis, ses partisans commettent une erreur d'optique car, s'il

(1) SALLÉ, *L'esprit des Ordonnances de Louis XIV*, II, p. 337, rapporté par THALLER, *Livre du Centenaire*, p. 231.

(2) V. les références à FONTENELLE et à LOCKE dans le discours sur *L'Esprit mathématique* prononcé à la séance de distribution des prix aux lauréats du Concours général de 1928.

est vrai que le volume, l'importance, l'activité pris par les relations commerciales ont paru éclipser, à certains moments, le caractère de droit exceptionnel que, vis-à-vis du droit civil, le droit commercial revêtait encore, à l'évidence, au milieu du siècle dernier, il ne faut pas cependant s'y tromper : ce caractère subsiste, mais il se double aujourd'hui d'une interdépendance bilatérale, beaucoup plus accentuée qu'autrefois. Notamment, l'imitation, dans un assez grand nombre d'hypothèses, de la loi commerciale par la loi civile, n'a fait que précipiter le mouvement de compénétration.

La législation civile et la législation commerciale se présentent en quelque sorte au législateur de 1929 comme deux sœurs siamoises. Il peut prendre fantaisie au Parlement de les réunir en un seul et même corps. C'est une opération délicate qui paraît au-dessus de ses moyens. En tout cas, le chirurgien le plus expert serait désormais incapable de les séparer : elles ne pourraient plus vivre l'une sans l'autre.

Vu et permis d'imprimer :

*Le Recteur
de l'Académie de Paris,*
S. CHARLÉTY.

Vu :
*Le Doyen
de la Faculté de droit de Paris,*
H. BERTHÉLEMY.

Vu :
Le Président de la Thèse,
ET. BARTIN.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	Pages. IX
LISTE DES ABRÉVIATIONS.	XII

INTRODUCTION. — Une théorie générale d'introduction à l'étude du droit civil. Droit civil et droit commercial. Utilité d'une délimitation. Aperçu historique. Ancien droit. Codification. Evolution du droit commercial. La notion de commercialité. Son étendue. Répond-elle seulement à des conditions de fond ? Actes commerciaux par la forme. Actes mixtes et théorie de l'accèssoire. Imitation de la loi commerciale par la loi civile. La cession civile de créances et les procédés de transmission de la loi commerciale. La jurisprudence et l'article 1690 C. civ. L'article 1202 C. civ. et la présomption de solidarité du droit commercial. L'article 1328 C. civ. écarté en matière commerciale. <i>Droit international privé</i>. Notre conception <i>particulariste</i> de ce droit. Difficultés soulevées par la détermination du caractère civil ou commercial d'un acte et des conséquences qui s'y rattachent. Lois compétentes.	1
---	---

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Prolégomènes. Notions générales.

Article 18 C. com. Trois problèmes fondamentaux. —
A. *Eléments classiques*. La définition du Code civil (art. 1832 et suiv. C. civ.) et les sociétés commerciales. Existence d'un fonds commun. L'association en participation. La notion d'apport dans la société anonyme. La notion de bénéfices. Elle ne fournit pas la distinction des sociétés et des associations. Participation aux bénéfices et contribution aux pertes. Société en com-

mandite et prêt à intérêts. Société et louage de services. — B. <i>Eléments nouveaux</i> . La personnalité civile. Sociétés civiles et sociétés commerciales. Jurisprudence. Loi du 1 ^{er} août 1893. — C. <i>Intervention de la volonté des contractants</i> . Loi du 22 novembre 1913. La qualification. Méthode et plan.	29
--	----

CHAPITRE PREMIER. — Point de vue commercial : la société commerciale est un contrat. Point de vue civil : des règles relatives au contrat de mandat et de leur application en matière de sociétés commerciales.

Mandat civil et mandat commercial. Contrat de société et contrat de mandat. — A. <i>Les gérants des sociétés par intérêts</i> . Articles 1989 et 1134 C. civ. Pouvoirs de disposition. Hypothèques. Révocation : article 1856 C. civ. Gérant associé et gérant étranger. Pluralité de gérants : articles 1859 et 1995 C. civ. — B. <i>Les administrateurs des sociétés anonymes</i> . Le Conseil d'administration. Droit de substitution de l'article 1994 C. civ. et l'article 22 de la loi de 1867. Pouvoirs des administrateurs. Responsabilité (art. 32 C. com. et 44 de la loi de 1867). Faute contractuelle (art. 1992, al. 1 C. civ.). Faute délictuelle et quasi délictuelle (art. 1382 et suiv. C. civ.) Administrateurs délégués et directeurs généraux. Responsabilité collective : article 1995 C. civ. Article 1992, alinéa 2 C. civ. — C. <i>Les liquidateurs</i> . Jurisprudence. Nomination. Révocation. Article 2003 C. civ. Le liquidateur représente-t-il les créanciers sociaux ? Théorie du mandat tacite. Pouvoirs. Exemples. Cession globale du passif et de l'actif social. Cession de l'actif social. Responsabilité. Pluralité de liquidateurs. Conclusion.	71
---	----

CHAPITRE II. — Point de vue commercial : Indivisibilité du contrat de société. Point de vue civil : Du principe de la relativité de la chose jugée et du fonctionnement comparé de l'article 1351 C. civ. en matière de mariage et en matière de société.

Les exceptions au principe de l'article 1351 C. civ. Un exemple en matière de mariage. Un exemple en ma-

tière de sociétés. Parallélisme des deux décisions. Peut-on l'expliquer par la distinction des jugements constitutifs et des jugements déclaratifs de droit ? Tentative d'explication fondée sur l'idée de la limitation légale des possibilités d'intervention des tiers. Article 17 de la loi du 24 juillet 1867. Article 180 C. civ. Critique.

Construction sur l'idée de l'indivisibilité de l'existence légale de la société et du mariage. Avantages de la formule proposée. Objections tirées de la jurisprudence sur les sociétés de fait. Jugements de dissolution. Extension de la formule aux sociétés civiles. Rapports avec le concept de la personnalité civile. L'état de mariage est-il indivisible ? Objections tirées de la théorie du mariage putatif. Réfutation. Jugements de divorce. Distinction fondamentale entre l'indivisibilité et l'opposabilité. Conclusion. . . . 139

CHAPITRE III. — Point de vue commercial : la société commerciale est une personne morale. Point de vue civil : des règles relatives à la liquidation et au partage des successions et de leur application à la liquidation et au partage des sociétés commerciales.

Principe général posé par l'article 1872 C. civ. Article 1873 C. civ.

L'article 841 C. civ. relatif au retrait successoral peut-il être étendu aux rapports des associés et des tiers ?

Les sanctions du divertissement suivi de recel (art. 791 C. civ.) sont-elles applicables en matière de sociétés ?

Difficultés soulevées par la combinaison des articles 887 C. civ. et 1854 C. civ. à propos de la rescision du partage.

A. *Le rapport des dettes* (art. 829 et 830 C. civ.). Son application aux relations entre coassociés. Doctrine et jurisprudence. Exemples. Article 856 C. civ. Théorie de la réalité de la personne civile. Conclusion.

B. *L'effet déclaratif du partage* (art. 883 C. civ.). Hypothèses d'application de l'article 883 C. civ. aux rapports entre coassociés. Conséquences de la rétroac-

tivité au jour de la dissolution. La séparation des patrimoines et la fiction jurisprudentielle de survie de la personne civile pendant la liquidation. Condition juridique des sociétés en liquidation. L'action de l'article 882 C. civ. Ses rapports avec l'article 1167 C. civ. Situation des créanciers personnels des associés.

Conclusion générale. Observation sur l'article 1872 C. civ. Personnes fictives et personnes réelles. Existe-t-il une « succession » des personnes civiles en droit international privé ? 167

CHAPITRE IV. — Point de vue commercial : Effets de la société commerciale à l'égard des associés. Point de vue civil : Difficultés relatives aux sociétés entre époux.

Position du problème. Doctrine et jurisprudence. Hypothèses diverses à distinguer. Principe de la validité des contrats entre époux, sauf dérogations légales. Article 1595 C. civ. Articles 1096 et suiv. C. civ. Article 1840 C. civ.

La société serait incompatible avec les dispositions de l'article 1388 C. civ. relatives à la *puissance maritale*. Articles 1421 et 1422 C. civ. Jurisprudence. La société en nom collectif et l'incapacité de la femme commune en biens, article 1431 C. civ.

Principe de l'*immutabilité des conventions matrimoniales*. Article 1395 C. civ. Jurisprudence.

La société commerciale est une *personne civile*. La communauté n'est pas une personne civile. Jurisprudence.

Sociétés avec des tiers. Elles sont nulles dès qu'il est établi en fait que chacun des époux y figure avec une individualité distincte de celle de l'autre. Jurisprudence.

Conclusion. Droit international. Loi compétente. . . 217

CHAPITRE V. — Point de vue commercial : Effets de la société commerciale à l'égard des tiers. Point de vue civil : Du système général des preuves en matière civile et de la preuve en matière de sociétés commerciales.

Règles de fond et règles de forme. Règles relatives à la preuve. Articles 1341 C. civ. et 109 C. com. Principe de la liberté des preuves en matière commerciale. La preuve des sociétés commerciales : exigence d'un acte écrit. Articles 39 et 41 C. com. Loi de 1867. Revient-on en matière de sociétés commerciales au droit commun de la preuve en matière civile ? Conséquences de l'affirmative. Articles 1347 et 1348 C. civ.

L'article 109 C. com. consacre-t-il un véritable système propre au droit commercial ? N'est-il au contraire qu'une exception pure et simple à la théorie générale des preuves en matière civile ? — Plan. . . 247

§ 1. — La preuve testimoniale.

Explications proposées de l'article 1341 C. civ. La limitation de la preuve testimoniale basée sur l'insuffisance et sur l'infidélité involontaire de la mémoire des témoins. Conventions de preuve en matière civile et en matière commerciale. Droit international. 259

I. *Jurisprudence relative à l'absence d'écrit.*

A. *Rapports des associés entre eux.* Faits purs et simples et opérations juridiques proprement dites. Admission de l'adminicule du commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) et de tous modes de preuve généralement quelconques.

B. *Rapports des tiers entre eux.* Admission de tous les moyens de preuve autorisés en matière commerciale.

C. *Rapports des associés et des tiers (tiers demandeurs).* Distinctions. Sociétés civiles et sociétés commerciales.

D. <i>Rapports des associés et des tiers (tiers défendeurs).</i>	
Administration et constitution de la preuve. Inopposabilité de l'absence d'écrit aux tiers. Absence d'écrit et absence de publicité.	265

II. *Conventions de preuve.*

A. Substitution d'un mode de preuve plus facile. Rapports des associés entre eux. Rapports des associés et des tiers.

B. Substitution d'un mode de preuve plus rigoureux.

Principe de la validité des conventions de preuve en matière civile. Doutes élevés sur la validité de certaines conventions de preuve en matière de sociétés commerciales. Substitution conventionnelle d'un acte authentique à l'acte sous seing privé exigé par la loi.

C. Conventions contemporaines du litige.	288
--	-----

III. *Droit international privé.*

La règle *locus regit actum*. Les sociétés commerciales ont-elles droit, en tant que personnes civiles, à un véritable « statut personnel » ? Attribution d'une nationalité aux personnes fictives. Critique.

Assimilation des dispositions de preuve aux dispositions de forme en matière commerciale comme en matière civile, en droit international comme en droit interne. Caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Analyse et conséquences. La loi nationale des parties, loi rationnellement compétente en matière de consentement. Règles d'application de la *lex loci actus*. Rapports entre la loi locale et la loi nationale des parties en matière de société. La prétendue loi nationale des sociétés ne serait-elle pas simplement une certaine loi locale ? Relations entre cette loi et la loi nationale des associés. Jurisprudence.

Substitution par le juge français de la loi française à la loi étrangère normalement compétente. L'ordre public international. Loi du 30 mai 1857. Idée de protec-

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

357

Pages.

tion du contractant français. Applications diverses.

Jurisprudence. 306

§ 2. — L'acte sous seing privé.

Article 1325 C. civ. Article 1326 C. civ.

Le système de la date certaine. Article 1328 C. civ. Jurisprudence. Exclusion de l'article 1328 C. civ. des matières commerciales. Explication proposée. . . . 332

§ 3. — L'usage commercial.

Coutume juridique et usages conventionnels. Codification des usages. Loi du 13 juin 1866. La preuve des usages commerciaux et le principe de la neutralité du juge dans la constitution de la preuve. 338

CONCLUSION. 345

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES. 351

BAR-SUR-SEINE, IMP. SAILLARD. — L. GOUSSARD, SUCC^r

